موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني

حق الملكية

المواد ٨٢٥ - ٨٧٤

المجلد الخامس عشر



٩ ش سامي البارودي - باب الخلق - القاهرة
ت: ٣٩٦٠٤٤٣ - ٣٩٥٣٣٠١

موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني

{ حق الملكية }

الملكية الشائعة • أحكام الشيوع • انقضاء الشيوع بالقسمة • الشيوع الإجبارى • ملكية الأسرة • ملكية الطبقات • اتحاد ملاك البناء الواحد • من أسباب كسب الملكية (الاستيلاء) • الاستيلاء على المنقول • صيد البحر والبر • الأراضى غير المنزرعة • الميراث وتصفية التركة

المجلد الخامس عشر

المواد ٨٢٥ ـ ٨٧٤



ش سامي البارودي - باب الخلق - القاهرة
ت ٠٠٢٠٢٣٩٦٠٤٤٣ - ٠٠٢٠٢٣٩٣٨٦١٨

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية

٢٠٠٥/١١٢٣٠

الترقيم الدولي: I.S.B.N

977- 400-002-1



٢٣ ش رشدي عابدين - ٣٩٢٥٣٧٦

١٢ـ ترتيب الشريك حق عينى غير الملكية على حصته :

قــد لايمــس تصرف الشريك في حصته الشائعة ملكية الحصة الشــائعة ، بــل يكون موضوعه إنشاء حق عينى آخر غير الملكية على هذه الحصة .

والحقــوق العينــية الأصــلية التى يمكن أن يرد عليها تصرف الشريك في حصته الشائعة هى الانتفاع والاستعمال والسكنى .

أمــا حق الارتفاق ، فلا تصلح الحصة الشائعة لكى يرد عليها هذا الحق ، لأنه بحسب السائد لايقبل التجزئة ، ومن ثم فلا يكون لها أو عليها .

أمــا حق الحكر فلا يجوز إنشاؤه – منذ العمل بالقانون المدنى الحــالى– إلا على أرض موقوفة ، هذا بالإضافة إلى أن هذا الحق يخول صاحبه سلطة البناء أو الغراس على الأرض، والبناء والغراس لايكون إلاعلى جزء مفرز ويستحيل أن يكون حصة شائعة .

أما عن الحقوق العينية التبعية فلا يكون للمالك على الشيوع إلا ترتيــب حــق الرهــن بنوعيه : الرسمى والحيازى . لأن كلا من الاختصاص والامتياز ينشأ بغض النظر عن إرادة الشريك .

ولمــا كــان كلا من حق الاستعمال والسكنى ليسا إلا وجها من أوجه حق الانتفاع ، فستقتصر على تناول حق الانتفاع .

ونعرض لما تقدم بالتفصيل على النحو الآتى .

١٣ ـ ترتيب حق الانتفاع :

يكـون ترتيـب حق الانتفاع من مالك الحصة الشائعة صحيحا ونـافذا سـواء بالنسـبة للشريك المتصرف أو بالنسبة لزملائه من الشـركاء دون حاجـة إلـى موافقـتهم . أما صحته ونفاذه بالنسبة للمتصـرف فأمر بدهى لأنه هو الذى رتب الحق على ملكه ، وأما صـحته ونفـاذه بالنسبة للشركاء الآخرين فمرجعها إلى أن ترتيب الشريك للحق على حصته ليس فيه مساس بحقوقهم .

وإذا كـان الحـق المترتب حق انتفاع فإن المنتفع يكون وحده صـاحب الحـق فـي ثمار الحصة التى ترتب عليها حقه . فحق الانـتفاع يعطى لصاحبه حق جنى الثمار ، وكذلك يكون المنتفع لا الشـريك المتصرف الذى استبقى الرقبة – هو صاحب الرأى عند القـيام بأعمـال الإدارة المعتادة جميعا . ولما كانت المادة ١/٩٨٨ مدنى تقضى بأنه لايجوز للمنتفع أن يستعمل الشىء إلا بحالته التى تسـلمه بهـا وبحسب ما أعد له فإن المنتفع لا تكون له الصفة في القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة ولا الموافقة على القيام بها ، بل يكون ذلك للشريك صاحب الرقبة (١).

---

(١) أحمد سلامه ص ٣٢٣ وما بعدها – الدكتور منصور مصطفى منصور حق الملكية في القانون المدنى المصرى ١٩٦٥ ص ١٦١ ومابعدها .

١٤- رهن الشريك حصته الشائعة رهنا رسميا أو حيازيا :

للشـــريك أن يرهن حصته الشائعة رهنا رسميا إن كانت حصته شائعة في عقار .

ويكون الرهن عندئذ صحيحا لأن الشريك أنشأه في حدود حقه. ولايصـــح القـــول بوجـــوب توقف الرهن على نتيجة القسمة . لأن الرهـــن الرســـمى لايستلزم الحيازة حتى لنفاذه ضد الغير . فيجب القول إذن بأن رهن الحصة الشائعة هو رهن صحيح ونافذ في حق جميع الشركاء شأنه شأن بيع الحصة الشائعة . فإذا حل أجل الدين المضـــمون بالرهـــن ولـــم يقم المدين الراهن بالوفاء ، كان للدائن المرتهـــن أن يطلب التنفيذ على الحصة الشائعة المرهونة وبيعها ، حـــتى ولو لم تكن القسمة قد أجريت بعد ، ولا يمكن حرمان الدائن من هذا الحق بمقولة وجوب انتظار نتيجة القسمة .

كمـــا يجوز له أن يرهن حصته الشائعة رهنا حيازيا سواء كان المـــال الشائع عقارا أو منقولا ، ويكون الرهن صحيحا – كالرهن الرسمى تماما – وهذا الحكم وإن كان محل خلاف في ظل القانون القديم نظرا لأن الحيازة فيه كانت شرطا لصحة العقد ، فإنه لايجوز أن يكـــون موضعا للشك في ظل القانون الجديد الذى يجعل الحيازة شرطا لنفاذ الرهن في حق الغير .

ويمكن تحقيق الحيازة بالنسبة للحصة الشائعة بوسائل متعددة حتى يكون الرهن نافذا في حق الغير .

فيجوز أن يتفق الراهن والمرتهن وباقى الشركاء على تسليم المال إلى أحد الشركاء الذى يقبل حيازة الحصة المرهونة نيابة عن المرتهن ، أى بصفته عدلا ، فإن المادة ١١٠٩ تشترط لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشىء المرهون في يد الدائن أو الأجنبى الذى ارتضاه المتعاقدان . ويجوز أن يتفق الجميع على تسليم الشىء المرهون كله إلى الدائن المرتهن ، فيجوز الشىء فيما يتعلق بالحصة المرهونة باعتباره دائنا مرتهنا ، وفيما يتعلق بسائر الحصص باعتباره وكيلا أو مديرا (١).

١٥ـ أحكام الانتفاع والرهن بعد وقوع القسمة :

المقصود بذلك الأحكام التى تتبع في حالة وقوع قسمة المال الشائع قبل حلول أجل الدين المضمون بالرهن الرسمى أو الحيازى ، وأثر القسمة على وجود حق الانتفاع .

ولتناول هذا الأثر يتعين التفرقة بين الحالات الآتية :

١- أن تؤول إلى الراهن عين أخرى غير التى رهن حصة شائعة فيها .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٥٣- إسماعيل غانم ص ١٥٢ .

٢- أن يختص الشريك بجزء مفرز من نفس العقار الذى رهن حصة شائعة فيه .

٣- أن يخـتص الشريك بكامل العقار الذى رهن حصة شائعة فيه .

٤- أن يؤول إلى الشريك منقول .

٥- أن يؤول إلى الشريك مبلغ من النقود .

ونعرض لهذه الحالات بالتفصيل على النحو الآتى :

الحالة الأولى :

أن تـؤول إلـى الراهـن عين أخـرى غير التى رهن حصة شائعة فيها :

تنص على حكم هذه الحالة الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٩ مدنى بقولها : " إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءا مفـرزا في هذا العقار ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير الـتى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبة إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا في الأصل .

ويعيـن هـذا القدر بأمر على عريضة ، ويقوم الدائن المرتهن بإجـراء قيد جديد يبين فيه هذا القدر الذى انتقل إليه الرهن خلال تسـعين يومـا مـن الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل

القسـمة ، ولايضـر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين " .

ومـثال ذلـك أن يكون المال الشائع قطعة أرض ومبنى فرتب الشـريك الرهـن علـى قطعة الأرض فقط فأسفرت القسمة عن اختصاصـه بالمبنى . ففى هذه الحالة ينتقل الرهن بمرتبته إلى قدر مما وقع في نصيب الراهن يعادل قيمة العقار المرهون أى الحصة، وهـو حكـم معقـول فهو يوفق بين مصلحتين معتبرتين ، الأولى مصلحة المتقاسم الذى اختص بالجزء الذى ورد الرهن ابتداء على حصـته مـنه فـي أن يخلـص له هذا الجزء خاليا من الرهن ، والمصلحة الثانية هى مصلحة الدائن المرتهن الذى ينبغى ألا يهدر حقه الذى نشأ صحيحا في حدود سلطة الراهن . وأساسه الفنى هو الحلول العينى ، فقد وقع في نصيب الشريك الراهن بالقسمة عقارا آخر غير العقار الذى رهنه [1].

والـنص المذكـور وإن ورد في شأن الرهن الرسمى ، إلا أنه يطبق بطريق القياس على الرهن الحيازى [2].

---

(١) إسـماعيل غـانم ص ١٥٣ - عبد المنعم الصده ص ٢٠٣ - الدكتور السنهورى الوسيط في شرح القانون المدنى الجزء العاشر ١٩٧٠ص ٣٢٩.

(٢) عبد المنعم الصده ص ٢١١ .

الحالة الثانية :

أن يختص الشريك بجزء مفرز من نفس العقار الذى رهن حصة شائعة فيه :

إذا اختص الشريك الراهن بجزء مفرز من العقار الذى رهن حصة شائعة فيه . فإن الرهن ينتقل إلى الجزء الذى آل إلى المدين الراهن بعد القسمة . فيصبح محل الحق مفرزا بعد أن كان شائعا . وليس – كما يذهب الرأى الغالب في الفقه – لأن هذا الجزء قد حل محل حصته حلولا عينيا ، فهو لم يحل وإنما تركز فيه حق الشريك الراهن بمقتضى القسمة [1].

---

(١) أحمد سلامة ص ٣٢٧ – إسماعيل غانم ص ١٥٣ – عبد المنعم الصده ص ٢١٠ – السنهورى جـ ١٠ ص ٣٢٨ هامش (٢) – وعكس ذلك مصطفى منصور مصطفى ص ١٦٦ وهامش (٢) – الدكتور سمير عبد السيد تناغو التأمينات العينية طبعة ٢٠٠٠ ص ٨٤ – عبد المنعم الصده ص ٢٠٣ ويقول الدكتور مصطفى منصور مصطفى شرحا لوجهة نظره (ص١٦٦) أنه : " يترتب على القسمة أن يستبدل الشريك بحصته حق ملكية مفرزة ، فينتقل الحق أو القيد بمقتضى الحلول العينى إلى ما يستبدل بالحصة التى ورد عليها ابتداء" . ويستطرد فى هامش (٢) إلى أنه: " قلنا من قبل إنه إذا رهن الشريك حصة شائعة في عقار ثم وقع في نصيبه جزء مفرز من هذا العقار ، فانتقال الرهن إلى هذا الجزء يمكن أن يعتبر تطبيقا للحلول العينى ، ثم تحفظنا وقلنا " وإن كان ذلك محل

نظــر" رســالتنا عن نظرية الحلول العينى وتطبيقاتها في القانون المدنى المصرى ، رقم ١٣٧ ص ٢٣٣" . ولم يلق هذا الرأى قبولا من الشراح الذيــن ذهبوا إلى أن تركز الرهن على الجزء المفرز هو مقتضى القسمة ذاتهــا "إسماعيل غانم رقم ٨١ ص ١٨٣ ، عبد المنعم الصده ص ١٣٧ ص ٢١٠ ، شمس الدين الوكيل نظرية التأمينات في القانون المدنى ط٢ رقــم ٤٥ ص ١١٢ هــ ١ ، أحمد سلامه التأمينات المدنية رقم ٥ ، ص ٩٧٣ حسن كيره رقم ١٢٠ ص ٤٠٣ هــ١ حيث يتولى الرد على رأينا بالتفصيل " .

ونحــن لانــزال عند رأينا ، بل نؤكده بعد أن كنا نتحفظ في القول به ، وحجتنا فى ذلك هى ما ذهبنا إليه من قبل من أن القسمة لا ترد على حق الرهــن إذ قلنا " يجب أن نلاحظ أولا أن حق الرهن ليس شائعا ، ولكن الحق الشائع هو حق الملكية وهو محل الرهن ، فما هو أثر القسمة على كــل من حق الملكية وحق الرهن ؟ أما بالنسبة لحق الملكية فأثر القسمة هو أن يستبدل كل من الشركاء بحصته الشائعة ملكية مفرزة ، أما بالنسبة للرهــن فالقســمة لا ترد عليه لأنه ليس شائعا . بل على محله وهو حق الملكــية . وهــنا يمكن أن يقال إن انتقال الرهن من الحصة الشائعة إلى الجزء المفرز هو أثر القسمة التى غيرت محله ولكنا نرى أن هذا التفسير نــاقص . فالقســمة لايتعدى أثرها تغيير المحل أى استبدال ملكية مفرزة بحصة شائعة. وأما انتقال الرهن فهو مقتضى الحلول العينى ..(الرسالة السابقة، الموضع السابق) . وقد قيل في الرد على رأينا هذا أن القسمة إذ تفــرز محل الملكية فتجعل حق الشريك الراهن جزءا مفرزا ، تجعل هذا الجزء محملا لحق الدائن المرتهن (حسن كيره ، الموضوع السابق) .

الحالة الثالثة :

أن يختص الشريك بكامل العقار الذى رهن حصة شائعة فيه :

إذا اختص الشريك الراهن بكل العقار ، فإن الرأى الغالب على أن الرهـــن لايشمل إلا الحصة المرهونة شائعة [١]. وتبرير ذلك أن قـــاعدة عدم تجزئة الرهن لاتحول دون تقرير هذا الحل من ناحية ، ولكونـــه الحل المناسب مع ما قررته المادة ١٠٣٩ مدنى في حالة وقوع عقار آخر في نصيب الشريك الراهن من جهة أخرى [٢].

وردنا على ذلك أنه إذا تصادف ووقع في نصيب الراهن جزء مفرز من العقـــار يســـاوى في قيمته قيمة الحصة الشائعة ، فقد لايتحقق ذلك فيقع العقار كله أو جزء مفرز منه أكبر من قيمة الحصة في نصيب الراهن ، فيمتـــنع القول إن القسمة تفرز محل الرهن ، وهذا يؤيد ما ذهبنا إليه من أن القسمة لا شأن لها بالرهن ".

(١) السنهورى الجزء العاشر ص ٣٢٨ – أحمد سلامه ص ٣٢٥- الدكتور محمـــد على عرفه شرح القانون المدنى الجديد في حق الملكية – الجزء الأول ١٩٥٤ ص ٣٩٩ – منصور مصطفى منصور ص ١٦٤ – الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى الوسيط في التأمينات العينية ١٩٥٤ ص ٥٨ .

(٢) وهناك رأيان آخران : الأول : أن العقار يصبح كله ، لا حصة منه فقط مـــرهونا . والـــثانى : أن العبرة بإرادة الطرفين . فإذا كان المرتهن قنع بالضـــمان المتمـــثل فـــي الحصة الشائعة فإنه يبقى كذلك بعد اختصاص الراهن بالعقار كله ، أما إذا كان قد اشترط امتداده إلى كل المال فإنه يمتد إلى العقار كله (مشار إلى الرأين بمؤلف أحمد سلامه ص ٣٢٦) .

وينتقد الدكتور مصطفى منصور الرأى الأول مستهديا بمثل يسوقه كالآتى:

الحالة الرابعة :

أن يؤول إلى الشريك منقول :

إذا لم يختص الراهن في القسمة إلا بمنقولات ، فالرأى السائد أن حق الدائن المرتهن لا ينتقل إلى هذه المنقولات إذا كان الرهن رسميا على أساس أن الرهن الرسمى لا يرد إلا على العقارات فضلا عن أن العقار الذى وقع في نصيب لم يرهنه ومن ثم فإن الدائن يفقد حقه في الرهن الرسمى (١)، وفى الرهن الحيازى ينتقل الرهن إلى هذه المنقولات .

" فإذا افترضنا أن شخصا يملك النصف شيوعا في كل من منزل وقطعة أرض قيمة كل منهما ١٠٠٠ جنيه ، ثم رهن حصته في الأرض وقيمتها ٥٠٠ جنيه ضمانا لدين مقداره ٨٠٠ جنيه . ثم اختص في القسمة بالأرض كلها دون المنزل . فيترتب على الرأى القائل ببقاء الرهن على الأرض كلها أن يضار دائنو الراهن الذين اعتمدوا فيما أولوه لمدينهم من ائتمان على ما يملكه في المنزل ملكية خالية من الرهن ، وفى الوقت نفسه يقابل هذا الضرر إفادة الدائن المرتهن إذ يتمكن عند بيع الأرض المرهونة من الحصول على دينه كاملا بالتقدم على غيره في حين أنه لو نفذ قبل القسمة لما تقدم إلا على قيمة الحصة المرهونة فقط أى ٥٠٠ جنيه (ص ١٦٤ هامش ٣).

(١) السنهورى جـ ١٠ ص ٣٣١ – عبد المنعم الصده ص ٢١١ – وعكس ذلك منصور مصطفى منصور ص ١٦٩ – أحمد سلامه ص ٣٣٢ فيريان أن الرهن ينتقل إلى المنقول ويصبح رهن حيازة. ويكون للراهن أن يطلب من القضاء إلزام الراهن بتسليمه العين ليحوزها أو ليحوزها لغيره. ويكون له أن يبيعها فورا ليستوفى حقه من ثمنها إذا كان مستحق الأداء أو ينتظر حتى يصبح كذلك . وهنا أيضا يحل المنقول محل العقار الذى كان مرهونا حلولا عينيا (أحمد سلامه ص ٣٣٢) .

الحالات الخامسة :

أن يؤول إلى الراهن مبلغ من النقود :

إذا اختص الراهن بمبلغ من النقود ، فإن إجماع الشراح على تطبيق مبدأ الحلول على هذه الحالة ، فيكون للدائن المرتهن الحق في أن يستوفى دينه من هذا المقابل بالأولوية المقررة له وفقا لدرجة رهنه .

أما إذا لم يكن الدين مستحق الأداء ، فينتقل الرهن إلى المبلغ الذى يستحقه الراهن ، أى بمقتضى هذا المبلغ لضمان دين الدائن المرتهن [١].

وتطبق الأحكام السابقة في حالة ترتيب حق انتفاع . وبالتالى ينتقل حق الانتفاع إلى العين الأخرى التى آلت إلى منشئ حق الانتفاع [٢].

١٦- رهن الشريك جزءا مفرزا في المال الشائع :

إذا رهن الشريك جزءا مفرزا في العقار الشائع لم ينفذ هذا الرهن في حق الشركاء الآخرين ، ولهؤلاء أن يتمسكوا بحقوقهم في هذه الجزء المفرز باعتباره شائعا بينهم جميعا.

---

(١) السنهورى جـ١٠ ص ٣٣١- منصور مصطفى منصور ص ١٦٥ – عبد المنعم البدراوى ص ١٥٢٥ وما بعدها – محمد على عرفه ص ٣٩٧- عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٢ وما بعدها .

(٢) أحمد سلامه ص ٣٣٢ .

أما الدائن المرتهن ، فإنه إذا كان لايعلم أن الجزء المفرز الذى ارتهـــنه هو شائع بين الراهن له وسائر شركائه ، يستطيع أن يبطل عقـــد الرهـــن للغلـــط . وإذا كان يعلم بشيوع الجزء المفرز ، فإنه لايســـتطيع إبطـــال الرهن للغلط . ويكون الرهن فيما بين الشريك الراهـــن والدائن المرتهن صحيحا ، على اعتبار أن الدائن المرتهن قد رضى بانتظار نتيجة القسمة [١].

غـــير أنـــه يجوز لسائر الشركاء رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهـــم الشائعة في هذا الجزء المفرز ، ويجوز لهم إقرار الرهن فيصبح الرهن صادرا من جميع الشركاء وينفذ في حقهم جميعا[٢] .

أمـــا إذا حصلت قسمة للمال الشائع ، ووقع الجزء المفرز في نصـــيب الشـــريك الراهـــن ، فإن الرهن يكون باتا ، إذ يتبين أن الشريك كان يملك هذا الجزء المفرز من بداية الأمر وقت رهنه[٣].

أما إذا وقع في نصيب الشريك الآخر جزء آخر من نفس المال، أوفـــى مال آخر فإن الرهن ينتقل إلى الجزء الآخر الذى آل إليه أو إلى المال الآخر الذى اختص به .

---

(١) السنهورى جـــ ١٠ ص ٣٣٢ .

(٢) السنهورى جـــ١٠ ص ٣٣٢ هامش (٣) - إسماعيل غانم ص ١٣٨ .

(٣) السنهورى جـــ١٠ ص ٣٣٢ - عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦١ .

وانتقال الرهن فى الحالة الأولى يأتى تطبيقا للقاعدة العامة التى تحكم التصرف في المال الشائع عموما ، تلك القاعدة التى تضمنتها المادة ٢/٨٢٦ بقولها : " ٢- وإذا كان التصرف منصبا على جزء مـن هـذا المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصـرف ، انـتقل حـق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف إليه إذا كـان يجهـل أن المتصرف لايملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحـق في إبطال التصرف " - فالقاعدة العامة هى أنه إذا تصرف الشـريك في جزء مفرز من المال الشائع ، ثم اختص عند القسمة بجـزء آخر ، فإن حق المتصرف إليه ينتقل إلى هذا الجزء الآخر مـن وقت التصرف . وهذا القاعدة تسرى على الرهن ، شأنه فى هـذا الشأن شأن غيره من الحقوق ، وعلى رأسها حق الملكية أما بالنسـبة إلى الحالة الثانية ، وهى الحالة التى ينتقل فيها الرهن من عيـن إلى أخرى مستقلة عنها ، فإن الرهن ينتقل بمرتبته إلى قدر مـن هـذه العين يعادل قيمة العين التى كانت مرهونة في الأصل وذلك عملا بالفقرة الثانية من المادة ١٠٣٩ مدنى التى تجرى على أن : " وإذا رهـن أحد الشركاء حصته الشائعة فى العقار أو جزءا مفـرزا من هذا العقار ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير

التي رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا في الأصل ، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة . ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة . ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين " [1].

وهذا النص وإن ورد في الرهن الرسمى ، إلا أنه يطبق بطريق القياس على الرهن الحيازى [2].

(راجع فى حكم انتقال نصيب الراهن إلى منقول أو مبلغ من النقود البند السابق) .

١٧ـ رهن أحد الشركاء لجميع العقار الشائع :

إذا رهن أحد الشركاء جميع العقار الشائع ، فإنه يكون قد تجاوز الحصة المملوكة له . فإذا كان الدائن المرتهن يعتقد أن الشريك الراهن يملك المال الشائع جميعه ، كان له طلب إبطال عقد الرهن للغلط .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦١ وما بعدها .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٢١١.

أمــا إذا كان عالما أن الشريك الراهن لايملك سوى حصة فى العقــار المرهون ، فإن الرهن يكون صحيحا ولكنه لاينفذ في حق ســائر الشــركاء المشتاعين ، ويجب انتظار نتيجة القسمة [١]. فلا يعتبر هذا رهنا لملك الغير ، لأن الراهن يملك حصة شائعة في هذا العقار .

فــإذا حصلت القسمة ، وآل العقار كله إلى الشريك الراهن زال كل عائق عن نفاذ الرهن .

وإذا أمكنــت قســمة العقار أجزاء مفرزة ، ووقع في نصيب الشــريك الراهــن جزءا مفرزا من هذا العقار الشائع ، فإن الدائن المرتهن وكان على بينة من هذا الأمر يتركز حق رهنه في الجزء المفــرز الــذى وقع فى نصيب الشريك الراهن ، وذلك ما لم يكن هــناك اتفــاق ، صــريح أو ضــمنى بين الشريك الراهن والدائن

---

(١) الســنهورى جـــ١٠ ص ٣٣٤ – سمير تناغو ص ٩٢ – وعكس ذلك محمــد على عرفه ص ٤٠٥ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ١٦٣ فــيريان أن الرهــن يعتــبر واقعا على ملك الغير فيما زاد على نصيب الراهــن وبالتالى باطلا بالنسبة إلى باقى الشركاء . ولذلك يجوز لكل من هــؤلاء أن يطلــب إبطال التصرف دون انتظار نتيجة القسمة . وبعبارة أصح لكل شريك أن يطالب باستحقاق نصيبه في مواجهة المتصرف إليه، إذ أن التصرف الصادر من شريكه يعتبر غير نافذ في حقه ، فــلا يحتج به عليه .

المرتهن على شيء آخر . فقد يتفقان على أنه إذا لم يقع كل العقار الشائع في نصيب الشريك الراهن ، جاز للدائن المرتهن إبطال الرهن ، وقد يتفقان على أن الرهن يبقى على الجزء المفرز الذى وقع في نصيب الشريك الراهن، ولكن على هذا الشريك أن يستكمل الرهن بأى ضمان آخر ، رهن رسمى أو رهن حيازة أو كفالة [١].

(راجع حالة ما إذا وقع في نصيب الشريك الراهن منقول أو مبلغ من النقود بند ٢٤٥) .

١٨ـ تصرف الشريك فى حصته الشائعة :

ذكرنا سلفا أن الشريك في الشيوع مالك لحصته الشائعة ، ومن ثم له عليها سلطات المالك الثلاث : الاستعمال والاستغلال والتصرف.

فالمالك يستطيع أن يأتى أى تصرف على حصته الشائعة ، سواء كان المتصرف إليه هو أحد الشركاء أو شخصا من الغير . ويكون تصرفه نافذا في حق بقية الشركاء . وقد حرص المشرع على أن يؤكد هذا المعنى فضمن الفقرة الأولى من المادة ٨٢٦ مدنى أن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها .

---

(١) السنهورى جـ ١٠ ص ٣٣٤ وما بعدها .

وقد علقت مذكرة المشروع التمهيدى للنص قائلة :

" أمـــا حـــق المـــالك المشتاع في التصرف فكحق المالك ملكية مفرزة ، على أن يقع تصرفه فى حصته الشائعة . فيستطيع أن يبيع هذه الحصة وأن يهبها وأن يرهنها رهنا رسميا أو رهن حيازة "[١].

ومـــن ثـــم فإن للشريك فى المال الشائع أن ينقل ملكية حصته الشائعة إلى باقى شركائه في المال الشائع جميعا أو إلى واحد منهم أو إلـــى الغير . يستوى أن يكون ذلك بمقابل كالبيع أو بغير مقابل كالهبة .

وســـواء كـــان المقابل مبلغا من النقود أو أى مال آخر كما فى المقايضة. وفى جميع الأحوال يكون تصرفه نافذا في مواجهة جميع الشركاء دون حاجة إلى موافقتهم أو إعلانهم بهذا التصرف .

ويترتـــب علـــى ذلـــك أن يحـــل المتصرف إليه محل الشريك المتصرف ، سواء فى حصته الشائعة كلها أو في جزء منها بحسب الأحـــوال . وتكـــون له كافة حقوقه وعليه كافة التزاماته باعتباره شـــريكا فـــى الشـــيوع . ومن ثم يكون المتصرف إليه هو صاحب الشأن عند قسمة الأعيان التى تلقى حصة شائعة فيها [٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٨١ .

(٢) أحمد سلامه ص ٣٠٤ ومابعدها – محمد لبيب شنب ص ٣٢٥ومابعدها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تصرف الشريك في حصة شائعة نافذ في مواجهة شركائه دون حاجة إلى موافقتهم طبقا لنص المادة ١/٨٢٦ من القانون المدنى ".

(طعن رقم ١٩٠ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٣/٢٤)

٢- " مفاد نص المادة ١/٨٢٦ من القانون المدنى أن للشريك المالك على الشيوع حق التصرف في حصته شائعة وينفذ هذا التصرف فى حق شركائه إذ يترتب عليه أن يحل المتصرف له محل الشريك المتصرف في ملكية الحصة الشائعة ويصبح هو الشريك في المال الشائع بدلا من الشريك المتصرف ".

(طعن رقم ٣٤٦٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/٢/٢١)

غير أنه إذا كان التصرف بيعا صادرا لأجنبى فإن الشارع يخول هؤلاء الشركاء الحق في الحلول محل المشترى ، وذلك إما بطريق الشفعة إذا كان المبيع حصة شائعة في عقار (٩٣٦/ب مدنى) ، أو بطريق استرداد الحصة المبيعة إذا كانت هذه الحصة شائعة في منقول أو في مجموع من المال (م ٨٣٣ مدنى). وقد راعى الشارع في تخويله الشركاء هذا الحق أنهم قد يتضررون من دخول الأجنبى بينهم ، فأتاح لهم أن يمنعوا دخوله شريكا بينهم بهذه الوسيلة أو بتلك تبعا لطبيعة المال الشائع .

وإذا كانت الحصة التى ورد عليها التصرف شائعة في عقار أو في مجموع من المال يشتمل على عقار فإنه يجب تسجيل التصرف حتى تنتقل الملكية .

ولايمنع الشريك من التصرف الناقل لحصته كونه قد التزم سلفا بالبقاء في الشيوع مدة معينة وكون أن هذه المدة لم تنقض بعد . إذ التعهد بالبقاء فى الشيوع يفيد الامتناع عن طلب القسمة ولايفيد الامتناع عن التصرف فى الحصة . هذا بالإضافة إلى أن المتصرف إليه ، وهو خلف خاص للمتصرف يكون ملتزما بمراعاة هذا الاتفاق بالتطبيق لحكم المادة ١٤٦ مدنى [١].

١٩ـ حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع بعد إجراء القسمة :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لايملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق فى إبطال التصرف .

---

(١) أحمد سلامه ص ٣٠٥ – إسماعيل غانم ص ١٤٩ .

فهذا النص يميز بين فرضين :

الفـرض الأول : أن يكون المشترى للجزء المفرز قد اعتقد أن الشـريك البائع يملك هذا الجزء مفرزا لا شائعا ، ولذلك أقدم على الشراء مطمئنا إلى أن ملكية هذا الجزء ستخلص له .

فالمشـترى هنا يعتقد أن الحصة المفرزة التى باعها له الشريك على الشيوع ، يملكها هذا الشريك مفرزة وبالتالى فإنه يكون قد وقع فـى غلـط في صفة جوهرية في الشيء المبيع باعتقاده أن المبيع يملكـه الـبائع مفرزا لا شائعا ، ومن ثم يكون البيع قابلا للإبطال للغلـط عملا بالمادة ١٢١ مدنى ، ويجوز للمشترى طلب إبطاله إذا تقـدم بالطلب قبل القسمة ، ولايجبر على انتظار القسمة ونتيجتها . ويسـتطيع المشـترى في هذه الحالة أن يجيز العقد ، فيصبح البيع صـحيحا غير قابل للإبطال ، ويكون حكمه حكم البيع الذى صدر لمشـتر غير واقع في الغلط أى مشتر يعلم أن الجزء المفرز الذى اشـتراه مملـوك للبائع على الشيوع [1]. **أما بعد أن يقسم الشريك الـبائع الأرض الشائعة بينه وبين شريكه الآخر ، فلا يخلو الحال من أحد أمرين :**

الأول : أن يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع، علـى مـا توقـع . وعندئذ تخلص ملكية هذا الجزء للمشترى بـ

---

(١) السـنهورى في الوسيط الجزء الثامن حق الملكية الطبعة الثانية ١٩٩١ ص ١١٥٠ ومابعدها .

التسجيل ، ولايستطيع بعد ذلك إبطال العقد للغلط حتى لـو كان لم يجزه . ذلك أن البائع يكون قد نفذ العقد على الوجه الذى قصده إليه المشترى .

وتـنص المـادة ١٢٤ مدنى على أنه : " ١- ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية. ٢- ويـبقى بـالأخص ملزما بالعقد الذى قصد إبرامه ، إذا أظهر الطـرف الآخـر اسـتعداده لتنفيذ هذا العقد" [1] إذ بعد أن أصبح المتصـرف مالكا للشىء ملكية مفرزة لم يعد هناك ما يبرر التمسك بالإبطال .

الثانى : ألا يقع الجزء المفرز المبيع فى نصيب الشريك البائع:

وهنا لايقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع على غير ما كان يتوقع المشترى إذ أراد أن تخلص له ملكية جزء مفرز بالذات فلم تخلص له هذه الملكية . ومن ثم يكون لهذا المشترى أن يطلب إبطال البيع لوقوعه في الغلط عملا بالمادة ١٢١ مدنى .

غـير أنـه يجوز له النزول عن طلب إبطال البيع وذلك بإجازة البيع ، وعندئذ ينقلب البيع صحيحا ملزما لكل من البائع والمشترى. ويتحول التصرف من الجزء المفرز الذى وقع عليه البيع إلى الجزء

---

(١) السنهورى ص ١١٥١- منصور مصطفى منصور ص ١٧١وما بعدها.

المفرز الذى وقع بالفعل في نصيب البائع فتنتقل إلى المشترى ملكية هذا الجزء الأخير بعد التسجيل [١].

---

(١) السنهورى ص ١١٥١ وما بعدها – ويذهب سيادته إلى أنه لما كان من المقــرر أن المشـــترى قد اشترى أرضا مفرزة من شريك لايملك إلا في الشـــيوع ، فإنه يكون فيما يتعلق بالسبب الصحيح قد اشترى من شخص لايملـــك إلا حصة شائعة فيعتبر في حكم المشترى من غير مالك بالنسبة إلـــى التملك بالتقادم القصير . ولما كان حسن النية فإنه إذا حاز الأرض المفرزة التى اشتراها خمس سنوات فإنه يتملكها بهذا التقادم (ص ١١٥٢ هامش ١) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " المـــراد بالســـبب في تملك العقار بالتقادم الخمسى هو كل تصرف قانونى يستند إليه واضع اليد في حيازته للعقار ، ويجعل وضع يده عليه حـــلالا سليما من شبهة الغصب في نظره واعتقاده هو . والمراد بكون الســـبب صـــحيحا في هذا الباب هو أن يكون بطبيعته ناقلا للملك لو أنه صـــدر من مالك أهل للتصرف . ولهذا يصلح العقد الباطل بطلانا نسبيا، وكذا العقد المعلق على شرط فاسخ مدة قيام هذا الشرط ، لأن يكون سببا صـــحيحا لتملـــيك المشـــترى ، على أساسه ، العقار بوضع اليد . فبيع الشـــريك على المشاع جزءا مفروزا محدودا يصلح إذن لأن يكون سببا صحيحا لتملك المبيع بالتقادم ، متى توافر عند المشترى حسن النية ".

(طعن رقم ١٨ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/٦/١٦)

الفرض الثانى :

أن يكــون المشــترى عالما أن البائع لا يملك المبيع إلا شريكا على الشيوع .

فــبهذا لا يكون المشترى قد وقع في غلط فى صفة جوهرية في الشــىء ومن ثم لايجوز له طلب إبطال العقد . وإنما ينتقل حقه إلى

٢- " إذا باع المشتاع جزءا مفروزا محددا في الملك الشائع فبيعه يصلح لأن يكون سببا صحيحا يمتلك به المشترى ما بيع بوضع اليد عليه خمس سنوات متى توافر لديه حسن النية ".

(طعن رقم ٥٨ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٢/٤/٢٣)

٣- " .... واعتبار عقد البيع الصادر للمشترى سببا صحيحا بالنسبة إلى العجز صحيح ، لأن البائعين له وإن كانوا ملاكا لما باعوه فإنهم بالنسبة للمقــدار الــذى أدخلــوه في المبيع من نصيب الشريك يعتبرون بائعين لايملكــون فيكون عقد البيع الصادر منهم في ذلك سببا صحيحا في حكم المادة ٧٦ من القانون المدنى .... إلخ ".

(طعن رقم ١٤٥ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٥/٢٤)

٤- " اســتقر قضاء هذه المحكمة على أنه إذا باع الشريك المشتاع جزءا مفــروزا محــدودا فــإن بــيعه يصلح لأن يكون سببا صحيحا يمتلك به المشترى ما بيع بوضع اليد عليه خمس سنوات متى توافر حسن النية – ذلــك أن هــذا البيع ينقل الملك بطبيعته ولذاته وبصرف النظر عن كون البائع مالكا للمبيع كله أو بعضه " .

(طعن رقم ١٦٨ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/١٠/١٦)

الحصـــة المفـــرزة التى آلت إلى المتصرف بالقسمة ، وذلك تطبيقا للمادة ٢/٩٢٦ مدنى التى تقرر صراحة أنه : " وإذا كان التصرف منصـــبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف . انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريقة القسمة ".

وهـــذا الحكم يمتد ليشمل التصرف الناقل للملكية وسائر الحقوق العينية الأخرى . وجدير بالذكر أن الفرق بالزيادة أو بالنقصان بين الحصة المتصرف فيها والحصة التى انتقل إليها حق المتصرف إليه تســوى بطــريقة الــتعويض الــنقدى الــذى يدفعه المتصرف إلى المتصرف إليه أو العكس .

أمـــا فـــى الحالـــة التى يخرج المتصرف فيها من القسمة بغير نصيب أو بنصيب نقدى فإن حق المتصرف إليه يتحول إلى تعويض نقـــدى ويكـــون لـــه الحجـــز علـــى النصيب النقدى تحت يد باقى المتقاسمين قبل سداده للمتصرف[1] .

وقد بين المشرع الإجراءات الواجبة الاتباع لتعيين العقار الذى ينـــتقل إلـــيه حـــق المتصرف إليه إن كان التصرف رهنا رسميا . فنصت المادة ٢/١٠٣٩ على أنه : " وإذا رهن أحد الشركاء ... أو جـــزءا مفرزا من هذا العقار ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان

---

(١) نعمان جمعة ص ١٧٩ ومابعدها .

غــير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعــادل قيمة العقار الذى كان مرهونا في الأصل، ويعين هذا القدر بأمــر على عريضة . ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل إليه الرهن فى خــلال تسعين يوما من الوقت الــذى يخطــره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة . ولايضر انتقال الرهــن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين " . ويمكن بطريق القياس اتباع الإجراءات ذاتها أيا كان التصــرف الــذى انفرد به الشريك . فإن كان التصرف بيعا ، كان على المشترى أن يستصدر أمرا على عريضة بتخصيص جزء مما آل إلــى الشــريك البائع ينتقل إليه حقه . ثم يقوم المشترى بتسجيل هــذا الأمــر إن كان الشىء عقارا . فإن تم هذا التسجيل في خلال فــترة التسعين يوما ، فإن أثره يستند إلى وقت تسجيل البيع ، فلا تنفذ في حق المشترى التصرفات التى صدرت من البائع في الفترة ما بين تسجيل البيع وتسجيل أمر التخصيص .

ولكــن إذا كــان كافة الشركاء قد قرروا رهنا على ذلك الجزء الــذى آل إلى الشريك البائع بمقتضى القسمة ، فإن هذا الرهن يظل نافذا ويؤول الجزء الذى اختص به المشترى بمقتضى أمر القاضى محملا بذلك الرهن . كما يظل امتياز المتقاسمين ثابتا لهم ولو كان

المشـــترى قد أجرى التسجيل في خلال ٩٠ يوما من تاريخ إخطاره بتسجيل القسمة وقبل أن يتم قيد امتياز المتقاسمين [١].

ومفـــاد مـــا تقـــدم أن تصرف الشريك المشتاع في جزء مفرز لايعتـــبر تصرفا في ملك الغير ، ولو أسفرت القسمة بعد ذلك على وقوع ذلك الجزء في نصيب شريك آخر .

٢٠ـ حكـم تصـرف الشـريك في جزء مفرز من المال الشائع قبل إجراء القسمة :

لـــم تبين المادة ٢/٨٢٦ مدنى حكم تصرف الشريك في حصته مفرزة أى فى حصة مفرزة تعادل نصيبه فى المال الشائع ، قبل أن تتم القسمة ، واقتصرت على أن تبين هذا الحكم بعد أن تتم القسمة ، فوجب إذن تطبيق القواعد العامة فيما يتعلق بحكم التصرف قبل أن تتم القسمة .

وتقضى هذه القواعد بأنه إذا باع الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع قبل قسمة هذا المال ، فإنه يكون قد باع ما يملك ومالا يملك، ما يملك هو حصته في الشيوع في هذا الجزء المفرز ، ومالا يملك هـــو حصص سائر الشركاء فى هذا الجزء . ويعتبر البيع صحيحا فيما بين المتعاقدين في كل الجزء المفرز المبيع .

---

(١) إسماعيل غانم ص ١٤١ وما بعدها .

ولا يستطيع المشترى إبطال البيع لا بالنسبة إلى حصة البائع الشائعة في الجزء المفرز لأن الشريك البائع قد باع ما يملك ولأن المشترى ليس واقعا في غلط . ولا بالنسبة إلى حصة الشريك الآخر الشائعة في الجزء المفرز المبيع بدعوى أن البيع في هذه الحصة هو بيع ملك الغير . لأن البيع الواقع على حصص الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير في أن هذه الحصص قد تقع في نصيب الشريك البائع عند القسمة . فتفيد بفضل الأثر الكاشف للقسمة أنها مملوكة للشريك البائع وقت البيع ، فلا يكون قد باع ما لا يملك . هذا إلى أن المشترى وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء المفرز الذى يبيعه يكون قد ارتضى شراء ما ستتركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة [١].

---

(١) السنهورى ص ١١٥٣ وما بعدها – إسماعيل غانم ص ١٤٨– نعمان جمعة ص ١٧٩– رمضان أبو السعود ص ١٠٠٠ – وعكس ذلك عبد المنعم الصده ص ٢٠١ ومابعدها – منصور مصطفى منصور ص ١٧٢ ومابعدها – الدكتور محمود جمال الدين زكى دروس في الحقوق العينية الأصلية ١٩٧٦ ص ١٤٥ ومابعدها– فالرأى عندهم أن حكم القواعد العامة في الشيوع تقضى بأن حق الشريك المشتاع لايتركز في الجزء المعين الذى تصرف فيه وإنما يرد على هذا الجزء أيضا حقوق الشركاء الآخرين ، فيكون الشريك قد تصرف في ملك غيره بقدر ما للشركاء من

ونظرا لورود حقوق الشركاء الآخرين على الجزء المفرز لأن الشريك يملك كل ذرة في الحال الشائع ، فإن التصرف يكون غير نافذ في حقهم فيما يتعلق بحصصهم في الشيوع في هذا الجزء المفرز. فقبل القسمة تتعلق حقوق كافة الشركاء بهذا الجزءالمفرز ، وما دام الشركاء لم يرتضوا القسمة فإن الشيوع يظل قائما بالنسبة لجميع أجزاء الشيء الشائع .

ويترتب على عـدم نفاذ التصرف فى مواجهة باقى الشركاء ما يأتى :

١- أنه لا يحل المتصرف إليه محل الشريك المتصرف فى الشيوع ، فلا يصبح المتصرف إليه شـريكا في الشيوع ، ومن ثم لا يحق له المشاركة في إدارة المال الشائع ، ولا يكون له حق طلب القسمة ، إنما يكون ذلك من حق المتصرف وحده باعتبار أنه مازال هو الشريك في الشيوع .

٢- لايجوز للشركاء في الشيوع رفع دعوى الاستحقاق إلا بعد القسمة ووقوع المبيع في نصيب المدعى وليس في نصيب البائع لذلك المشترى .

حقوق فى هذا الجزء . ومن ثم يحق للمشترى من الشـريك أن يطالـب إبطال البيع دون حاجة إلى انتظار نتيجة القسمة ، سواء كان يعلم وقـت التصرف بقيام الشيوع أو كان يجهله (م٤٦٦/١ مدنى) .

أمـــا إذا تمـــت القســـمة ووقع الجزء المفرز المبيع فى نصيب المتصرف فإن التصرف ينفذ فى مواجهة كافة الشركاء بأثر رجعى إعمالا لا لمبدأ الأثر الرجعى للقسمة [١].

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " لـــيس للشـــريك على الشيوع ولا لمن تلقى الحق عنه أن يدعـــى الاســـتحقاق في الجزء الذى باعه الشريك الآخر إلا بعد أن تحصـــل القســـمة ويقع المبيع في نصيبه هو ، أما قبل ذلك فتكون الدعوى سابقة لأوانها " .

(طعن رقم ٤ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤٠/٤/٢٥)

٢- " لـــيس ثمة ما يمنع البائع وإن كان مالكا على الشيوع أن يبـــيع ملكه محددا مفرزا ، وحالة التحديد هذه وإن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشريك على الشيوع إلا أن ذلك كله لايبطل عقد البيع ".

(طعن رقم ٤٧ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥٠/١٢/٧)

٣- " جـــرى قضاء هذه المحكمة على أن للشريك على الشيوع فـــي الـــتركة أن يبـــيع حصـــة محددة ، ولا يستطيع أحد الشركاء

---

(١) الدكتور حسام الدين – الأهوانى الحقوق العينية الأصلية – أسباب كسب الملكية ص ٤٧ ومابعدها .

الاعتراض على هذا البيع والادعاء بأنه يستحق المبيع مادام أن التركة لم تقسم قسمة إفراز ".

(طعن رقم ١١١ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٦/٣٠)

٤- " ليس ثمة ما يمنع البائع وإن كان مالكا على الشيوع أن يبيع ملكه محددا مفرزا وأن حالة التحديد هذه وإن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشريك على الشيوع إلا أن هذا كله لايبطل عقد البيع . وبتسجيل المشترى لعقده تنتقل الملكية إليه ويصبح شريكا لباقى الشركاء تجب مخاصمته في دعوى القسمة إن لم يجز هؤلاء الباقون من الشركاء عقده . وعلى ذلك فإنه ليس للمستحق – سواء أكان شريكا على الشيوع أو متلقيا ملكه من شريك على الشيوع – أن يدعى الاستحقاق في المبيع إلا بعد القسمة ووقوع المبيع في نصيبه هو لا في نصيب البائع لذلك المشترى. وهذا الذى استقر عليه قضاء هذه المحكمة في ظل القانون المدنى القديم هو ما أخذ به القانون المدنى الحالى في المادة ٨٢٦ منه ".

(طعن رقم ٣٦١ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨)

٥- " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن للمالك على الشيوع إذا وضع يده على جزء مفرز من العقار يوازى حصته ، الحق فى حماية وضع يده وليس من حق أحد الشركاء أن ينتزع منه هذا

القــدر بل كل ماله أن يطلب قسمة العقارأو يرجع على واضع اليد بما يقابل الانتفاع " .

(طعن رقم ٣٤١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣)

٦- " مــن المقــرر في قضاء هذه المحكمة – أن للشريك على الشيوع أن يبيع جزءا مفرزا من المال الشائع قبل إجراء القسمة فقد نصت المادة ٨٢٦ فقرة ثانية من القانون المدنى على أنه " إذا كان التصــرف منصــبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجــزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه مــن وقــت التصــرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة " ومتى تقرر ذلك فإن الطاعن يكون قد اشترى من المطعون عليه الجزء المفرز الذى يبيعه أو ما يحل محله مما يقع في نصيب المطعون عليه عند القسمة ، فإن وقع الجزء المفرز عند القسمة في نصــيب المطعــون علــيه خلص للطاعن ، وإن لم يقع انتقل حق الطاعــن بحكــم الحلول العينى من الجزء المفرز المبيع إلى الجزء المفــرز الذى يؤول إلى المطعون عليه بطريق القسمة ومن ثم كان للوالــد أن يبــيع لابــنه مفــرزا أو شائعا وأن يبيع ابنه بدوره إلى الطاعــن مثل ذلك ، ومن ثم فإن النعى على الحكم المطعون فيه – بأن البائع لايملك الحصة المبيعة مفرزة – يكون على غير أساس".

(طعن رقم ٩١٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥)

٧- " نص المشرع فى المادة ٨٢٦ من القانون المدنى على أن " كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها ويستولى على ثمارها وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة ...." ثم نص في المادة ٩٣٦ من هذا القانون على أنه " يثبت الحق في الشفعة للشريك في الشيوع إذا بيع شىء من العقار الشائع إلى أجنبى " ، يدل على أن للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه محددا مفرزا ويقع البيع صحيحا وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء في الشيوع ، ومتى كان هذا البيع صحيحا وصدر لأجنبى وكان الإفراز الذى تحدد به محل البيع لا يحاج به سائر الشركاء في الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاءا أو رضاءا مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم فى حكم التصرف في قدر شائع فإنه ينبنى على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة في ذلك البيع وفقا لصريح عبارة النص في المادة ٩٣٦ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٧٨٤ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/٥/١)

٨- " ..... إذ أن حقه في الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى إليها القسمة

وذلــك لمــا هــو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدنى من أن التصرف إذا انصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجــزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه مــن وقت التصرف إلى الجزء الذى اختص به المتصرف بموجب القسمة مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جــزءا مفرزا من أحد المتقاسمين ويترتب عليها في شأنه ما يترتب علــيها فــى شــأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع في نصيبه بموجب القسمة".

(طعن رقم ١٦١ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٩)

٩- " لمــا كــان المقرر فى قضــاء هذه المحكمة عملا بالمادة ٢/٨٢٦ مــن القــانون المدنــي أنه إذا كان البيع الصادر من أحد المشــتاعين قــد انصــب على جزء مفرز من العقار الشائع وتمت قســمته بعد ذلك بين الشركاء فإن القسمة تكون حجة على المشترى ولــو لم يكن طرفا فيها ويترتب عليها فى حقه ما يترتب عليها في حــق المتقاســمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجــزء المفــرز الذى وقع في نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصــرف الصادر إليه فإذا وقع القدر المفرز المبيع له في نصيب الشــريك البائع خلص له هذا القدر وإن لم يقع انتقل حقه من وقت التصــرف إلى الجزء الذى آل إلى البائع بطريق القسمة ، وخلص

القـــدر المبيع لمن خصص له فى القسمة مطهرا من هذا التصرف وبذلــك يصـــبح اســتمرار المشترى فى وضع يده على هذا القدر مجردا من السند ويكون لمن اختص به الحق في استلامه من تحت يد المشترى ، كما يحق ذلك ممن اختص به ولو لم يسجل عقده ".

(طعن رقم ٦٨٦ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/١٢/١٣)

١٠- " الــنص فـــي الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنـــى علـــى أن " إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المـــال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انـــتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلـــى المتصرف بطريق القسمة " يدل على أن بيع الشريك المشتاع لجـــزء مفـــرز مـــن العقار الشائع قبل إجراء القسمة بين الشركاء لايجـــيز للمشترى طلب تثبيت ملكيته لما اشتراه مفرزا قبل إجراء القسمة ووقوع المبيع فى نصيب البائع له ولو كان عقده مسجلا" .

(طعن رقم ٢٣٨٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٢/١١/٤)

١١- " مؤدى نص المادتين ٨٢٦، ٩٣٦ من القانون المدنى أن للمـــالك علـــى الشيوع الحق أن يبيع ملكه محددا مفرزا ويقع البيع صحيحا وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجـــازة الشـــركاء فـــي الشيوع ، ومتى كان هذا البيع صحيحا وصـــدر لأجنبى وكان الإقرار الذى تحدد به محل البيع لا يحاج به

سائر الشركاء فى الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم في حكم التصرف في قدر شائع فإنه ينبنى على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة في ذلك البيع وفقا لصريح عبارة النص فى المادة ٩٣٦ من القانون المدنى ".

(طعن رقم ٣٨٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/١/٣٠)

١٢- " النص فى الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنى على أنه إذا كان التصرف منصبا على جزء من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة . يدل على أن بيع الشريك المشتاع لجزء مفرز من العقار الشائع قبل إجراء القسمة بين الشركاء لايجيز للمشترى طلب تثبيت ملكيته لما اشتراه مفرزا قبل إجراء القسمة ووقوع المبيع فى نصيب البائع له ولو كان عقده مسجلا "

(طعن رقم ٢١٢٣ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٥)

١٣- " المقرر في قضاء محكمة النقض أنه وإن كان لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية في حصته الشائعة ، وأنه إذا تمكن أحدهم من البناء على جزء من العقار الشائع ، فإنه لايعد بانيا في ملك غيره ، وكل ما للشريك الآخر أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع ، ثم يرتب حقه على

مـــا يظهر من نتيجة القسمة ، إلا أن مناط ذلك أن يكون القدر الذى بنى عليه معادلا لنصيبه فيه ، فإذا جاوزه اعتبر بانيا في ملك غيره وبسوء نية بالنسبة لما أقامه على ما يجاوز حصته " .

(طعن رقم ٣٩٥٢ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٧)

١٤- " إنـــه لا مجـــال لإعمـــال الحلول العينى إلا إذا أصاب المتصـــرف بالبيع حصة مفرزة من المال الشائع ، فإن زالت حالة الشـــيوع بتصرف البائع لكامل حقه لشريكه الآخر استحال في هذه الحالة أن يقع الجزء المفرز في نصيب البائع أو إعمال الحلول بعد أن آلت ملكية العقار كله إلى غير المتصرف وينتفى سند المشترى في وضع يده على ذلك الجزء المفرز من العقار قبل المالك له " .

(طعن رقم ٢٣٢٢ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٢/٧/٢٨)

٢١- لايجوز تسليم المشترى الحصة المبيعة مفرزة :

إذا باع الشريك في المال الشائع حصة مفرزة فى المال الشائع فإنه لايجوز تسليم المشترى هذه الحصة مفرزة ما لم يثبت حصول قســمة نـــافذة ووقوع القدر المبيع فى نصيب البائع بمقتضى هذه القســمة ، لأن البائع لم يكن يملك وضع يده مفرزا على حصته قبل القسمة ، ولا يمكن أن يكون للمشترى أكثر مما كان لسلعة البائع ، فضلا عن أن هذا التسليم يترتب عليه إفراز لجزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لايجــوز الحكم للمشترى بالتسليم إذا حكم له بصحة ونفاذ البــيع عن قدر مفرز ما لم يثبت حصول قسمة نافذة ووقوع القدر المبــيع فــي نصيب البائع بمقتضى هذه القسمة ذلك أن البائع له لم يكــن يملــك وضع يده مفرزا على حصته قبل حصول القسمة إلا برضـــاء بــاقى الشركاء جميعا ولا يمكن أن يكون للمشترى حقوق أكثر مما كان لسلفه هذا إلى ما يترتب على القضاء بالتسليم في هذه الحالــة من إفراز لجزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون " .

(طعن رقم ٤٩٤ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٥/١٢/٢)

٢- " مــن المقرر فى قضاء النقض أنه لايجوز للمشترى للقدر المفــرز فــي العقار الشائع أن يطالب بالتسليم مفرزا قبل حصول القسمة إلا برضاء باقى الشركاء جميعا ".

(طعن رقم ١٤٦١ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/٤/٢٩)

٣- " وحيــث إن هــذا الــنعى سديد ، ذلك أن مؤدى القضاء باعتبار المطعون ضده الأول من الغير بالنسبة لحكم القسمة الصادر في الاستئناف رقم ٢١١ سنة ١٩٧١ مدنى مستأنف الاسكندرية أن يعــامل معاملة من تلقى حقاً عينياً على عقار على أساس أنه مازال مملوكاً على الشيوع ولو كان قد سجل عقد شرائه . ولما كان النص

فــي الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنى على أن " إذا كان تصرف الشريك في الشيوع منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حــق المتصــرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصــرف بطــريق القسمة " مؤداه أنه إذا كان البيع منصباً على جزء مفرز من العقار الشائع ، وكان سابقاً على إجراء القسمة بين الشــركاء ، فإن حق المشترى في الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى إليها القسمة ، فإذا لــم يقــع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصــرف إلــيه – من وقت التصرف- إلى الجزء الذى آل إلى المتصــرف بطــريق القســمة . وإذا كان هذا الأخير لايملك خق الاختصــاص بحصــة مفرزة قبل حصول القسمة إلا برضاء باقى الشــركاء فــي الشــيوع ، فإنه لايجوز للمتصرف إليه أن يطالب بتســليمه حصة مفرزة طالما بقيت حالة الشيوع قائمة لأنه ليس له من الحقوق أكثر مما كان لسلفه . هذا فضلاً عن أن القضاء بتسليمه تلك الحصة يترتب عليه إفراز جزء من المال الشائع بغير الطريق الــذى رســمه القانون . وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضــى بتسليم المطعون ضده الأول لحصته المفرزة التى اشتراها بالعقد المسجل برقم ٤٠٧٣ سنة ١٩٨١ شهر عقارى الاسكندرية ،

فإنــه يكــون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يوجب نقضه نقضاً جزئياً في هذا الخصوص . لايغير من ذلك ما أثاره المطعون ضده المذكور في مذكرة دفاعه من أن الحكم بتسليمه قطعة الأرض الـتي اشــتراها مفــرزة لم يصدر ضد الطاعنين وإنما صدر ضد البائعيــن له إعمالاً لحكم المادة ٤٣١ من القانون المدني – ذلك أن البيــن مــن الأوراق أن المطعون ضده الأول ابتغى بطلب التسليم الموجــه إلــى الأخيريــن في الدعوى ٧٥ سنة ١٩٨٦ مدني كلي اسكندرية مواجهة طلبات الطاعنين في دعواهم الرقيمة ٤٩٦٤ سنة ١٩٨٢ ، ومن ثم فإن دعواه في حقيقتها لاتعدو أن تكون دفاعاً في هــذه الدعوى الأخيرة التي تقوم – وفقاً لتكييفها القانوني الصحيح– علــى طلب عدم نفاذ عقد شرائه في حقهم ، وهو ما ينبني عليه أن تندمج الدعويان وتفقد كل منهما استقلالها " .

(طعن رقم ١٥٤٨ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٢/٤/٩)

مــادة (٨٢٧)

تكــون إدارة المــال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك .

الشرح

إدارة المـال الشائـع :

٢٢ ـ الأصـل أن إدارة المـال الشـائع مـن حـق الشـركاء مجتمعين :

أدق مــا يعــرض للشركاء فى الشيوع هو إدارة المال الشائع. لذلــك تكفل التقنين المدنى بوضع قواعد لهذه الإدارة من شأنها أن تيســر علــيهم القيام بها ، وأن تحسم ما يغلب وقوعه من الخلاف بينهم .

والغــرض مــن إدارة المال الشائع هو الانتفاع بالمال واقتسام ثمــاره فيما بين الشركاء . فهم ملاك لهذا المال ، ولكل مالك حق استعمال الشيء واستغلاله .

فــإذا أمكن لكل من الشركاء استعمال المال الشائع كان له ذلك، كوجــود تــرعة خــاصة مملوكة على الشيوع أو مصرف خاص شــائع أو بــئر شــائــع ، إذ يجوز لأى مــن الشركــاء أن ينتفع بالمــال الشــائع ، فــيأخذ من الترعة أو البئر الماء الذى يروى به

أرضــه . ويوصــل المــاء الذى يتبقى بعــد الرى إلى المصرف الخاص (١).

غــير أن المال الشائع قد يكون مما ينفر بطبيعته من أن يكون محــلا لاستعمال مشترك كحصان أو سيارة مثلا . وأغلب الأشياء لايــتأتى الاشــتراك في استعمالها إلا بالتضامن العام بين الشركاء علــى طــريقة الاســتعمال ، وكثيرا ما يتعذر تحقيق هذا التضامن لاختلاف نزعات الشركاء ، فقد يرغب أحد الشركاء في منزل أن يســتعمله سكنا بينما يريد شريك آخر أن يفتح فيه محلا لتجارة في حيــن يبغى شريك ثالث أن يجعل له مخزنا في جزء منه . وهكذا يؤدى اختلاف الشركاء على طريقة الاستعمال إلى تعطيل استعمال المــال الشــائع، لأن حق كل منهم في استعماله مقيد بعدم المساس بحقــوق شــركائه الآخرين . ولذلك نصت المادة على أن " تكون إدارة المــال الشائع من حق الشركاء مجتمعين .... إلخ " . وهو ما يترتب أيضا على مبدأ المساواة بين حقوق الشركاء باعتبار أن لكل شــريك حقــا فــي المــال الشائع يمثل في طبيعته حقوق الشركاء الآخرين .

وقــد جاء في عجز المادة تحفظ يقضى بأن " ما لم يوجد اتفاق يخــالف ذلــك " . وهو تحفظ يرتضيه الشركاء مجتمعين أيضا بأن يجمعوا على أن يتولى أحدهم أو بعضهم أو شخص من الغير إدارة

---

(١) السنهورى ص ١٠٦٩ ومابعدها .

المال الشائع ، فإن من يتولى الإدارة يكون نائبا يستند عمله إلى رضاء مجموع الشركاء [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

" أدق ما يعرض للشركاء في الشيوع هو إدارة المال الشائع . لذلك تكفل المشروع بوضع قواعد لهذه الإدارة من شأنها أن تيسر عليهم القيام بها، وأن تحسم ما يغلب وقوعه من الخلاف فيما بينهم. والأصل أن إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ، إلا إذا اتفقوا على توكيل أحدهم في أن ينفرد بالإدارة . ولكن لما كان من غير الميسور أن ينعقد الإجماع في كل مسألة من مسائل الإدارة ، فقد وضع المشروع من القواعد ما يكفل التوفيق بين المصالح المتعارضة "[٢].

وأهم صورة لاتفاق الشركاء على تنظيم إدارة المال الشائع هى قسمة المهايأة . وهى إما قسمة مكانية يتفق فيها الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته في المال الشائع، أو قسمة زمانية يتفق فيها الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته ، وهذا وذاك بصفة مؤقتة . وسنتناول ذلك تفصيلا في موضعه من الكتاب .

---

(١) أحمد سلامه ص ٢٨٠.

(٢) مجموعة الأعمال التحضرية جـ٦ ص ٨٤ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص في المادة ٨٢٧ من القانون المدنى على أن " تكون إدارة المـال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلـك " يـدل على أن أعمال إدارة المال الشائع التى يوافق على إجرائها جميع الشركاء تكون ملزمة لهم ولو كانت تخرج عن حدود الإدارة المعتادة " .

(طعن رقم ٢٣٩١ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٢/٣) [١]

---

(١) وقـد قضى بـأن :

الاتفـاق على إدارة المال مقتضاه أن يتسلم المال محل الإدارة من مالكه لممارسـة سلطة الإدارة عليه وأنه وإن كانت الملكية تظل لصاحبها إلا أنـه يفقد من سلطاته على المال المملوك له سلطة الإدارة التى عهد بها إلى غيره فلا يجوز له أن يسترد هذا المال من المدير مادام الاتفاق على الإدارة لازال قائما وإذ كان ذلك وكان الثابت من عقد البيع المسجل برقم ٦٤٥ لسـنة ١٩٨٣ المنـيا والنظام الداخلي للجمعية التعاونية للإصلاح الـزراعى الـذى أحال إليه العقد وبغير منازعة من المطعون ضدها – اتفاقها والطاعن على إسناد إدارة الأطيان محل العقد إليه وأن هذا الاتفاق لايزال قائما فإن طلب المطعون ضدها تسليمها أطيانها لمجرد ملكيتها لها يتعارض مع قيام اتفاق الإدارة ويصبح طلبها بلا سند من القانون " .

(طعن رقم ٣١٢ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٦/٩)

٢٣ ـ رأى جميع الشركاء ملزم ولو كانت أعمال الإدارة غير معتادة :

تنص المادة على أن تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعيــن مــا لم يوجد اتفاق يخالف ذلك ، وقد ورد نصها عاما ، ومــن ثــم فــإن أعمال إدارة المال الشائع التى يوافق عليها جميع الشــركاء تكــون ملــزمة لهم ولو كانت تخرج عن حدود الإدارة المعتادة .

مـــادة (٨٢٨)

١- مـا يسـتقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع ، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصـباء . فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع ".

٢- وللأغلبـية أيضـا أن تختار مديرا ، كما أن لها أن تضع لـلإدارة ولحسـن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما أم كان خاصا .

٣- وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم .

الشـــرح

٢٤ ـ المقصود بأعمال الإدارة المعتادة :

المقصـود بأعمـال الإدارة المعتادة ، كل الأعمال والتصرفات اللازمة لاستغلال الشيء فيما أعدله بطبيعته والحصول على ثماره.

فـالإدارة تشـمل زراعة الأرض واستئجار العمال لها وشراء البذور والمبيدات والماكينات ، وتشمل تخزين المحصول وبيعه .

وبالنسبة للمبانى تشمل تأجيرها مفروشة أو خالية مادام الإيجار لمدة معقولة وبأجرة المثل وتشمل قبض الأجرة وإعطاء المخالصات .

وتشمل الإدارة المعتادة كذلك توظيف النقود بإيداعها فى البنوك فى حسابات جارية أو كودائع بفائدة أو شراء سندات الاستثمار مادام التوظيف مؤقتا ولايترتب عليه تجميد الأموال لفترة طويلة .

ولا تدخل فى هذه الأعمال تلك التى تعتبر نافعة للشيء أو لزيادة قيمته أو زيادة نفعه . ولايدخل فيها كذلك الأعمال الكمالية التى تسعى إلى زخرفة الشيء وزينته (١).

ويلحق الفقه عادة أعمال الحفظ بأعمال الإدارة وتناول معظم الفقهاء الفرنسيين بالدراسة أعمال الحفظ بالتبعية لأعمال الإدارة باعتبار أنها وجه من وجوه هذه الأخيرة (٢). إلا أننا سنرجئ تناول أعمال الحفظ لحين شرح المادة ٨٣٠ مدنى ، لأن المشرع فرق فى المال الشائع بين السلطة فى إدارة المال الشائع وبين سلطة حفظه.

---

(١) نعمان جمعه ص ١٦٤ ومابعدها – الدكتور محمد السعيد رشدى أعمال التصرف وأعمال الإدارة فى القانون الخاص سنة ١٩٨٣ ص ١٦٣ ومابعدها .

(٢) محمد السعيد رشدى ص ١٢٩ .

٢٥ـ سلطة الأغلبيــة فى إدارة المال الشائع إدارة معتادة :

تــنص المادة ١/٨٢٨ مدنى على أن ما يستقر عليه رأى أغلبية الشــركاء فى أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع ، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء " .

فالمشــروع اكتفى برأى الأغلبية المطلقة فى إدارة المال الشائع إدارة معتادة .

والأغلبــية لاتقــاس بعدد الأشخاص وإنما بقيمة الأنصباء . فقد يتعلق الأمر بمالك واحد تحقق حصته هذه الأغلبية وقد يملكها أكثر من مالك .

والأغلبية المطلوبة هى الحصة أو الحصص التى تجاوز قيمتها نصف قيمة المال الشائع . فمن يملك هذه الأغلبية تكون له سلطات المجموع .

والقــرار الــذى تتخذه الأغلبية يلزم الأقلية فور صدوره ، كما يلــزم خلفاءها . ويظل نافذا حتى يحدث أحد أمرين : إما أن تعدل عنه الأغلبية أو تعدله ، وإما أن تقرر المحكمة إلغاءه على التفصيل الذى سيلى ذكره[١] (أنظر بند ٢٧) .

وإذا قــررت الأغلبية العدول عن القرار السابق أو تعديله فإن قرارها الجديد يلزم بدوره الأقلية وينفذ فور صدوره . وهى أغلبية

---

(١) نعمان جمعة ص ١٦٦- أحمد سلامه ص ١٦٦.

بدورهـــا تحسب على أساس الأنصبة بصرف النظر عن أشخاص من يوافقون عليها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ١- مـــا يســـتقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الإدارة المعتادة ، يكون ملزما للجميع ، حتى الأقلية التى خالفت هذا الرأى، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء ..... الخ " [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذ كان مفاد المادتين ٨٢٧ ، ٨٢٨ من القانون المدنى أن حـــق تأجـــير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء ، فمتى صدر الإيجار للعين كلها أو لجزء مفرز منها من أحد الشركاء دون أن تكـــون له أغلبية الأنصبة ، فإن الإيجار وإن وقع صحيحا ونافذا فيما بينه وبين المستأجر منه إلا أنه لايسرى فى حق باقى الشركاء ممـــن لـــم تصدر منهم الإجارة طالما لم يقروها صراحة أو ضمنا، اعتـــبارا بـــأن الإيجـــار يقع فى جزء منه على ملك الغير ، فيحق لهـــؤلاء الشركاء أن يطلبوا إخراج المستأجر من أحدهم من العين كلها أو من أى جزء منها مهما صغر دون انتظار نتيجة القسمة ".

(طعن رقم ٥٨٧ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٢١)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٦ ص ٨٥ .

٢- " مفــاد المادة ٨٢٨ من القانون المدنى أن حق تأجير المال الشــائع يثبــت للأغلبــية المطلقــة للشركاء محسوبة على أساس الأنصــباء، ولايثبت لأحد المشتاعين بمفرده طالما أنه لايملك أكثر مــن نصف الأنصباء ، وأن الإيجار الصادر من أحد الشركاء متى كــان لايملــك أكثر من نصف الأنصبة لايسرى فى مواجهة باقى الشركاء إلا إذا ارتضوه صراحة أو ضمنا ، وأنه يترتب على عدم ســريان الإيجار من أحد المشتاعين فى مواجهة الباقين ثبوت الحق لهــؤلاء فــى اعتــبار الإيجار غير قائم بالنسبة لهم ، وبالتالى فى اعتــبار المســتأجر متعرضا لهم فيما يملكون إذا كان قد وضع يده بــالفعل علــى العين . لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أسس قضاءه بتأييد الحكم الابتدائى القاضى بإزالة التعديلات التى أجراها الطاعن بالعين المؤجرة على سند من القول بــأن العقار الشائع المملوك مناصفة للمطعون عليهما قد قسم قسمة مهايــأة شملت بعض أجزائه بمقتضى الاتفاق المؤرخ ١٩١٨/٥/٥ الذى نظما فيه حقوقهما والتزاماتهما وطريقة تحصيل ما اختص به كــل منهما ، ونصا فيه على أن يقوم الطرفان مناصفة بمصروفات إصلاح العقار والتحسينات اللازمة له إلا بعد الاتفاق عليها كتابة ، وبقيــت أجزاء من العقار - من بينها مدخل المنزل والجزء المتبقى مــن الحجرة التى كانت معدة للبواب والتى ضم بعضها إلى الشقة

الكائـنة بـالدور الأراضـى - ظلت شائعة دون قسمة ومخصصة لخدمـة العقـار بأكمله وقام المطعون عليه الثانى فى تاريخ لاحق للاتفاق المؤرخ ١٩٦٨/٥/٥ منفردا بتأجير هذا الجزء للطاعن الذى ضـمه لمطعمـه وإذ اعترض المطعون عليه الأول المالك لنصف العقار على التأجير والضم فإنهما لايسريان فى حقه ويجوز له إلزام الطاعـن بإعادة الجزء الشائع إلى حالته الأولى بما يجعله منفصلا ومستقلا عن باقى المحل المؤجر له بموافقة الشريكين ".

(طعن رقم ٣٢٨ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٢/١)

٣- " النص فى المادة ٨٢٧ من القانون المدنى على أن " تكون إدارة المـال الشـائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخـالف ذلـك والنص فى المادة ٨٢٨ من هذا القانون على أن ما يسـتقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء ، فإن لم تكـن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تتخذ مـن التدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع ، وللأغلبية أنصبا أن تختار مديرا ... وإذا تولى أحـد الشـركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم" يدل- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن حق تأجير المـال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء محسوبة على أساس

الأنصباء ولايثبت لأحد المشتاعين بمفرده طالما أنه لايملك أكثر من نصف الأنصباء ، وأن الإيجار الصادر من أحد الشركاء متى كان لايملك أكثر من نصف الأنصبة لايسرى فى مواجهة باقى الشركاء إلا إذا ارتضوه صراحة أو ضمنا ، وأنه يترتب على عدم سريان الإيجار من أحد المشتاعين فى مواجهة الباقين ثبوت الحق لهؤلاء فى اعتبار الإيجار غير قائم بالنسبة لهم ، وبالتالى فى اعتبار المستأجر متعرضا لهم فيما يملكون إذا كان قد وضع يده بالفعل على العين " .

(طعن رقم ٧٦٢ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٤/٣/١٥)

٤- " مفاد نص المادة ٨٢٨ من القانون المدنى أن حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء محسوبة على أساس الأنصباء ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص سائغا بما له من سلطة تامة فى فهم الواقع فى الدعوى أن مورث الطاعنين ثانيا قد أبرم عقد الإيجار المؤرخ ١٩٧٥/٥/٢٣ بصفته وكيلا ظاهرا عنهم وكان البين من الأوراق أن المذكورين يمتلكون أغلبية الأنصباء فى العقار الكائن به الشقة محل النزاع فإن النعى بهذا الوجه يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٣٣٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٢/١٢/٣٠)

٥- (أ) - " النص فى المادة ١/٨٢٨ من القانون المدنى على أن " (١) ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع ، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء ...." وفى المادة ١/٨٢٩ منه على أن " (١) للشركاء الذى يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة ..." يدل على أن أعمال الإدارة التى يكون لأغلبية الشركاء فى المال الشائع القيام بها دون أن يكون لباقى الشركاء الاعتراض عليها هى أعمال الإدارة التى لاتخرج عن حدود الإدارة المعتادة . أما ما يخرج عنها فإنها تكون لمن يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل وفقا للإجراءات التى أوردتها المادة ٨٢٩ المشار إليها . لما كان ذلك ، وكانت الأعمال التى قامت بها الطاعنة الأولى المالكة لحصة شائعة مقدارها ١٦ قيراطا من ٢٤ قيراط فى العقار محل النزاع من استكمال بناء الدور الثالث وبناء الدور الرابع وغرفتين ودورة مياه بالدور الخامس فى ذات العقار تعد من قبيل الأعمال التى تخرج عن حدود الإدارة المعتادة " .

(ب) - " المقرر فى قضاء محكمة النقض أنه وإن كان لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية فى حصته الشائعة ، وأنه

إذا تمكن أحدهم من البناء على جزء من العقار الشائع ، فإنه لايعد بانسيا فـي ملك غيره ، وكل ما للشريك الآخر أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع ، ثم يرتب حقه على مـا يظهر من نتيجة القسمة ، إلا أن مناط ذلك أن يكون القدر الذى بنى عليه معادلا لنصيبه فيه ، فإذا جاوزه اعتبر بانيا فى ملك غيره وبسوء نية بالنسبة لما أقامه على ما يجاوز حصته " .

(ج)- " مفاد المادة ٩٢٤ من القانون المدنى أنه إذا كان صاحب الأدوات البانى فى أرض غيره سيء النية كان لصاحب الأرض أن يطلـب الإزالـة علـى نفقـة البانى وإعادة الشيء إلى أصله مع الـتعويض إن كان له محل وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت ، فإذا مضت سنة أو إذا طلب صاحب الأرض اسـتبقاء المنشآت تملك الأخير هذه المنشآت بالالتصاق مقابل دفع أقـل القيمتين قيمة البناء مستحقا الإزالة أو ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء ، ولايعتبر ميعاد السنة التى يتعين طلب الإزالة خلالها مرعيا إلا برفع طلب الإزالة إلى القضاء وإلا سقط الحق فيه ".

(طعن رقم ٣٩٥٢ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٧)

٢٦ـ اختيار مدير للمال الشائع ووضع نظام للإدارة :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٨٢٨ على أن للأغلبية أيضا أن تختار مديرا ، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما أم كان خاصا .

فقد خولت الفقرة المذكورة أغلبية الشركاء فى المال الشائع بالإضافة إلى القيام بأعمال الإدارة المعتادة أمرين آخرين :

الأمر الأول : اختيار مدير ، ومفهوم ذلك أن يكون لهذا المدير فقط سلطة القيام بأعمال الإدارة المعتادة ، إذ يفسر السماح لهذه الأغلبية بأن تقوم بتعيين مديرا على أنها لم تشأ أن تقوم بهذه الأعمال بنفسها وإنما أنابت عنها هذا المدير ، ومن ثم تأتى سلطاته على الأكثر ، بقدر ما يكون لهذه الأغلبية من سلطات .

الأمر الثانى: وضع نظام للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع.

ووضع نظام لإدارة المال الشائع أمر يتسق مع الاعتراف للأغلبية بالقيام بأعمال الإدارة المعتادة ، ومن ثم لا ينفى أن يتجاوز هذا النظام حدود هذه الأعمال. ويكون لهذا النظام صفة الاستمرار، بمعنى أنه كما يلتزم الشركاء بمراعاته يلتزم بمراعاته أيضا خلفاؤهم ، لافرق فى ذلك بين خلف عام وخلف خاص ، بل وحتى ولو لم يعلم به هذا الخلف الخاص ، إذ الفقرة الثانية المذكورة حين

قــررت سريانه عليه إنما تكون قد افترضت – فرضا لايقبل إثبات العكس– علمه به .

ويجوز لهذه الأغلبية أن تجمع بين هذين العملين ، فتعين مديرا وتضع نظاما لحسن إدارة المال .

وفـــى هذه الحالة يعتبر هذا النظام قيدا على سلطة المدير ، فإن احــترمه سرى عمله فى حق الشركاء وإن خرج عنه كان متجاوزا لحــدود ســلطته . ومــثال ذلك أن تقرر الأغلبية إيداع الريع فى مصرف معين [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا كــان الأمــر متعلقا بأعمال الإدارة كإيجار المال الشائع ، فإن اتفقت الأغلبية (على أساس قيمة الأنصباء) على اختيار مدير من بين الشركاء أو من غيرهم كان هو صاحب الشأن فى الإدارة ، ولهــذه الأغلبية أن تقيد المدير فى إدارته بقواعد تضعها ، وتسرى هــذه القواعد على الجميع بما فيهم الأقلية ، كما تسرى على خلفاء الشــركاء ســواء أكان الخلف عاما أم خاصا . أما إذا لم يختاروا مديرا ، وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين ، عد وكــيلا عــنهم ، وهو على كل حال يكون فضوليا فيما لا يكون فيه وكيلا وذلك فى حدود قواعد الفضالة " [٢].

---

(١) أحمد سلامه ص ٢٨٦ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ ٦ ص ٨٦ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفاد المادة ٨٢٨ من القانون المدنى يدل – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى – على أنه إذا كان الأمر متعلقا بأعمال الإدارة المعتادة كإيجار المال الشائع فإنه إذا اتفقت الأغلبية على اختيار مدير من بين الشركاء أو من غيرهم كان هو صاحب الشأن فى الإدارة ، أما إذا لم يختاروا مديرا وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم وتنعقد أعمال الإدارة المعتادة التى تصدر عنه فى جق الشركاء ".

(طعن رقم ٧٦٦ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٨٣/٤/١١)

٢- " مفاد المادة ٨٢٨ من القانون المدنى يدل – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لهذا القانون – أنه إذا كان الأمر متعلقا بأعمال الإدارة المعتادة كإيجار المال الشائع واتفقت غالبية الشركاء على اختيار مدير من بينهم أو من غيرهم كان هو صاحب الشأن فى الإدارة أما إذا لم يختاروا مديرا وتولى أحدهم الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم وتنفذ أعمال الإدارة المعتادة التى تصدر عنه – ومن ضمنها الإيجار – فى حقهم ".

(طعن رقم ٢٠٠١ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٢/١٢/١٠)

٢٧- موقف الأقلية من قرار الأغلبية :

رأينا فيما سلف أن أغلبية الشركاء فى المال الشائع إذا أصدرت قرارها فى أعمال الإدارة المعتادة ، كان قرارها ملزما للأقلية ونافذا فى حقها . ونضيف هنا أنه يجوز للأقلية التظلم من قرارات الأغلبية أمام المحكمة المختصة قيميا بنظر الدعوى . غير أن هذا التظلم يقتصر على أحوال التعسف فى استعمال الحق طبقا للقواعد العامة فقط ، فلا يجوز للأقلية أن تبنى تظلمها على عدم ملاءمة القرار لصالح الشركاء طالما أنه خلا من التعسف . ذلك أن المشرع لم ينظم رقابة خاصة على قرارات الأغلبية فيما يتعلق بأعمال الإدارة المعتادة على خلاف ما سنراه فى أعمال الإدارة غير المعتادة [١].

ويعد قرينة على التعسف قلة عدد الأغلبية بالنسبة لعدد الأقلية.

وتستطيع الأقلية التخلص من رأى الأغلبية بطلب إجراء القسمة القضائية [٢].

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ١٤١ – عبد المنعم الصده ص ١٩٣ – السنهورى ص ١٠٩٧ .

(٢) أحمد سلامه ص ٢٨٨ .

٢٨ـ حالة عدم توافر الأغلبية فى إدارة المال الشائع :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٨٢٨ مدنى فى عجزها على أنه : " فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع " .

فقد لايتفق الشركاء جميعا على أعمال الإدارة ، كما قد لاتتوافر الأغلبية اللازمة للإدارة والتى تحسب على أساس قيمة الأنصباء ، ومن ثم يجوز لأى من الشركاء أن يرفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية أو الجزئية المختصة قيميا ، وعلى المحكمة أن تأمر باتخاذ الإجراءات والتدابير التى تقتضيها الضرورة . فقد تأمر المحكمة بتأجير الأرض الزراعية لمن يتقدم لاستئجارها بأجرة مناسبة خوفا من فوات الصفقة ، وتندب لذلك أحد الشركاء لإبرام عقد الإيجار ولها أن تعين عند الحاجة من يدير هذا المال سواء من بين الشركاء أم أجنبيا عنهم . وتكون لهذا المدير سلطات الحارس القضائى . ويلزم بتقديم حساب إلى الشركاء (١).

غير أن المحكمة لاتملك التعاقد نيابة عن الشركاء ، فهى تأمر فقط بما يتخذ من أعمال الإدارة المعتادة (٢).

---

(١) السنهورى ص ١٠٩٨ وما بعدها – محمد على عرفه ص ٣٨٧.

(٢) حسام الدين الأهوانى ص ٤٠ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"..... فإن لم تكن هناك أغلبية ، وشلت الإدارة بسبب ذلك ، كان لكل شريك أن يطلب من المحكمة المختصة (ويحسن النص على أن تكون المحكمة الجزئية التى يدخل فى دائرتها العقار) أن تعين من يدير المال الشائع من بين الشركاء أو من غيرهم ، وتتخذ المحكمة ، من الإجراءات الوقتية ما تقتضيه ضرورة المحافظة على المال "(١).

٢٩ـ تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين :

تنص الفقرة الثالثة من المادة ٨٢٨ على أنه : " وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم ".

فإذا تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع إدارة معتادة ، ولم يعترض عليه باقى الشركاء أو أغلبية الشركاء التى تملك حق الإدارة، فيكون هذا الشريك أصيلا عن نفسه ووكيلا عن باقى الشركاء فى إدارة المال الشائع إدارة معتادة وتنفذ أعمال الإدارة المعتادة التى تصدرمنه فى حق الشركاء ، وذلك استنادا إلى القواعد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٨٦ – ورغم أن مذكرة المشروع التمهيدى أوضحت بالنص على أنه يحسن أن تكون المحكمة الجزئية التى يدخل فى دائرتها العقار هى المحكمة المختص إلا أن ذلك لم يتحقق .

العامة التى تقضى بانعقاد العقود ومن بينها الوكالة بالإرادة الضمنية المستخلصة من ظروف الحال ومن بينها الاعتراض فضلا عن أن المشــرع لــم يكــتف بالقواعد العامة وإنما نص صراحة على هذه الوكالة فى الفقرة الثانية من المادة ٨٢٨ مدنى (١).

وفى هذه الحالة يكون إيجار هذا الشريك للمال الشائع مثلا نافذا فى حق باقى الشركاء وكذلك قبضه للأجرة وقيامه بأعمال الصيانة ودفعــه الضــرائب وغــير ذلك من أعمال الحفظ . وله أن يزرع الأرض الزراعــية وأن يــنفق علــى الــزراعة مــا تقتضيه من مصــروفات ، وأن يستأجر عمال الزراعة وأن يشترى ما يلزم من ســماد وبــذور ، وبيع المحصولات فى الأسواق بأثمانها الجارية . ومــن هــذه الأعمــال ما هو عمل مادى كزراعة الأرض وما هو تصرف قانونى كالشراء والبيع (٢).

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

" .... أمــا إذا لم يختاروا مديرا ، وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعــتراض من الباقين ، عد وكيلا عنهم ، وهو على كل حال يكــون فضــوليا فــيما لا يكــون فيه وكيلا وذلك فى حدود قواعد الفضالة " (٣).

---

(١) نعمان جمعة ص ١٦٦ وما بعدها .

(٢) السنهورى ص ١٠٩٤ ومابعدها .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٨٦ .

واعتـبار الشريك الذى ينفرد بعمل من عمل الإدارة وكيلا عن الباقيـن مقصـور على أعمال الإدارة المعتادة وليس شرطا لقيام وكالة الشريك القائم بعمل الإدارة أن يسكت جميع الشركاء الباقين، كما قد يدل على ذلك ظاهر النص ، بل يكفى أن يعلم به ، فلا يعترض عليه من الشركاء من يملك مع الشريك أغلبية الأنصباء ، لأن حـق الإدارة لايلزم لثبوته الإجماع . بل يكفى توافر الأغلبية . وعلى ذلك إذ أجر أحد الشركاء المال الشائع ، وعلم بذلك باقيهم ، ولـم يعـترض عليه سوى نفر قليل منهم فإن ذلك لايمنع من نفاذ الإيجار فى مواجهة الجميع ، حتى من اعترض ، مادام أن المؤجر ومـن لم يعترض ، كانوا يملكون معا الأغلبية المطلقة للأنصباء . ويـنفذ عمـل الوكيل فى هذه الحالة ، فى حق الجميع على أساس الوكالة عن الأغلبية غير المعترضة والنيابة عن الأقلية عملا بالمادة ٨٢٨ مدنى التى تلزم الأقلية برأى الأغلبية .

وإذا اسـتقل أحـد الشركاء بتأجير العين الشائعة ، بالرغم من اعتراض الأكثرية ، فلا ينفذ الإيجار فى حق باقى الشركاء ، وإنما يحق لهم أن يطالبوا بإخلاء العين المؤجرة [١].

ويجوز بعد أن يتولى الشريك الإدارة دون اعتراض من الباقين، أن يعـترض على إدارته بعض الشركاء فيكون ذلك بمثابة عزل له

---

(١) محمد وحيد الدين سوار ص ٣٧٢ .

مــن الوكالـــة الضــمنية . فــإذا كان الباقى من الشركاء ممن لم يعترضــوا علــى إدارتــه هم الأغلبية بحسب حصصهم فى المال الشــائع، ويدخل فى ذلك حصته هو ، بقى الشريك متوليا الإدارة ، ولكن باعتباره معينا من قبل الأغلبية فتسرى أعمال إدارته فى حق المعترضــين على أساس أنه يمثل الأغلبية . أما إذا اعترض على إدارته من الشركاء من تكون حصصهم فى المال الشائع تزيد على النصــف ، فإنه لايصبح ممثلا للأغلبية ، ومن ثم لايستطيع المضى فى إدارته ويجب عليه أن يتنحى (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لما كانت المادة٣/٨٢٨ من القانون المدنى تقضى بأنه إذا تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع دون اعتراض من الباقين عد وكــيلا عنهم ، فإن مفاد هذا النص أن تعتبر هناك وكالة ضمنية قد صــدرت إلــى الشــريك الذى تطوع لإدارة المال الشائع من باقى الشــركاء . ويعــد هذا الشريك أصيلا عن نفسه ووكيلا عن باقى الشــركاء فــى إدارة المال الشائع إدارة معتادة فتنفذ الأعمال التى تصـــدر منه فى حق الشركاء الباقين سواء ما كان منها عملا ماديا. أو تصــرفا قانونــيا تقتضيه الإدارة مما يعتبر معه هذا الشريك فى مفهــوم المادة ٢/٧٠١ من القانون المدنى وكيلا عن باقى الشركاء

---

(١) المستشــار أنــور العمروسى الملكية وأسباب كسبها في القانون المدنى ٢٠٠٣- ٢٠٠٤ ص ٣٣٢.

وكالـــة عامة بالإدارة وهى تشمل بيع الشريك للمحصول الناتج من الأرض الزراعـــية المشتركة وقبض الثمن بوصفه تصرفا تقتضيه الإدارة " .

(طعن رقم ٣٢٠ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١١/١٨) (١)

٢- " إذ كان مفاد المادتين ٨٢٧ ، ٨٢٨ من القانون المدنى أن حـــق تأجـــير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء ، فمتى صدر الإيجار للعين كلها أو لجزء مفرز منها من أحد الشركاء دون أن تكـــون له أغلبية الأنصبة ، فإن الإيجار وإن وقع صحيحا ونافذا فيما بينه وبين المستأجر منه إلا أنه لايسرى فى حق باقى الشركاء ممـــن لم تصدر منهم الإجارة طالما لم يقروها صراحة أو ضمنا ، باعتـــبارا أن الإيجـــار يقـــع فى جزء منه على ملك الغير ، فيحق لهـــؤلاء الشركاء أن يطلبوا إخراج المستأجر من أحدهم من العين كلها ومن أى جزء منها مهما صغر دون انتظار نتيجة القسمة ".

---

(١) وقد قضى ذات الحكم بأنه :

" يجـــوز تأسيســـا علـــى المادتين ٣/٨٢٨ ، ٢/٧٠١ من القانون المدنى للشـــريك فى علاقته بالشريك الآخر الذى تصرف ببيع المحصول الناتج مـــن زراعـــتهما المشـــتركة أن يثبت فى حدود هذه العلاقة صدور هذا التصرف منه بوصفه من أعمال الإدارة وذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائـــن علـــى أســـاس أن هذا التصرف يعتبر بالنسبة له بمثابة واقعة مادية" .

(طعن رقم ٥٨٧ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٢١)

٣- " النص فى المادة ٨٢٨ من القانون المدنى على أنه ....
" ٣- إذا تولــى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكـيلا عــنهم " يدل – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقــانون المدنــى – علــى أنه إذا كان الأمر متعلقا بأعمال الإدارة المعــتادة كإيجار المال الشائع ، فإنه إذا اتفقت الأغلبية على اختيار مديــر مــن بين الشركاء أو من غيرهم كان هو صاحب الشأن فى الإدارة ، أما إذا لم يختاروا مديرا وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاِ عنهم ، مما مؤداه أنه إذا تعدد ملاك العيــن المؤجرة فإنه يمكن لمن يملك منهم أغلبية الأنصباء فيها أن يطلب إنهاء الإيجار بوصفه من أعمال الإدارة ".

(طعن رقم ٩٣٩ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/٥/١٢)

٤- " إن المقــرر فــى قضاء هذه المحكمة أنه لما كانت المادة ٣/٨٢٨ من القانون المدنى تقضى بأنه إذا تولى أحد الشركاء إدارة المــال الشائع دون اعتراض الباقين عد وكيلا عنهم ، فإن مفاد هذا الــنص أن تعتبر هناك وكالة ضمنية قد صدرت إلى الشريك الذى تطــوع لإدارة المــال الشــائع من باقى الشركاء ويعد هذا الشريك أصــيلا عن نفسه ووكيلا عن باقى الشركاء فى إدارة المال الشائع إدارة معتادة فتنفذ الأعمال التى تصدر منه فى حق الشركاء الباقين سواء ما كان منها عملا ماديا أو تصرفا قانونيا تقتضيه الإدارة مما

يعتبر معه هذا الشريك فى مفهوم المادة ٣/٧٠١ من القانون المدنى وكيلا عن باقى الشركاء وكالة عامة بالإدارة .... الخ ".

(طعن رقم ٩٤٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/١/١٧- غير منشور)

٥- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة وعملا بنص المادة ٣/٨٢٨ من القانون المدنى أنه إذا تولى أحد الشركاء المشتاعين إدارة المال الشائع دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم ، وأنه لايكفى فى تغيير الحائز صفة وضع يده مجرد تغيير نيته ، بل يجب أن يقترن تغيير النية بفعل إيجابى ظاهر يجابه به حق المالك بالانكار الساطع والمعارضـــة العلنية ويدل دلالة جازمة على اعتزامه إنكار الملكية علـــى صـــاحبها واستئثاره بها دونه عملا بنص المادة ٢/٩٧٢ من القانون المدنى . ويتعين حينئذ على الحكم المثبت للتملك بالتقادم أن يعـــرض لشـــروط وضـــع اليد وهى أن يكون مقرونا بنية التملك ومســـتمرا وهادئا وظاهرا ويبين بما فيه الكفاية الوقائع التى تؤدى إلـــى توافـــرها بحيث يبين منه أنه تحـــراها وتحقق من وجـــودها .... الخ ".

(طعن رقم ١٨٨٨ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/٢/١٩)

٦ - " المقـــرر عملا بالمادة ٣/٨٢٨ من القانون المدنى أنه إذا تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع دون اعتراض من الباقين عد وكـــيلا عنهم ، ولما كان طلب إخلاء العين المؤجرة يندرج ضمن

إدارة المال الشائع وكان أيا من باقى ملاك العقار الذى تقع به محلات التداعى لم يعترض على انفراد المطعون ضده الأول بالتنبيه على الطاعنين بإخلاء هذه المحلات ورفع الدعوى وتدخلوا فى الاستئناف منضمين له فى طلباته ، فإن ذلك يحمل على اعتباره وكيلا عنهم فى اتخاذ هذه الإجراءات ".

(طعن رقم ١٦٩٧ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٧/٦/٨)

٧- " لما كان مؤدى المادتين ٨٢٧ و ٨٢٨ من القانون المدنى - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون - أن إدارة المال الشائع تكون من حق الشركاء مجتمعين ما لم يتفقوا على خلاف ذلك وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم ، لما كان ذلك وكان الثابت أن عقد إيجار شقة النزاع قد تم بين المطعون ضده الأول ومورث باقى المطعون ضدهم وكان رفع الدعوى الماثلة بطلب الإخلاء للتنازل عن الإيجار يندرج ضمن إدارة المال الشائع وكان أيا من الشريكين الأخيرين فى ملكية العقار لم يعترض على انفراد المطعون ضده الأول برفعها فإن ذلك يحمل على اعتباره وكيلا عنهما فى إقامتها وهو ما يكفى بذاته لاكتمال صفته . وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس".

(طعن رقم ٩٩١ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٢٨- غير منشور)

٨- " الأصـــل فى الملكية الشائعة – وعلى ما جرى به قضاء هـــذه المحكمة- أنه إذا أقام أحد الشركاء بناء على الأرض الشائعة بعلـــم باقى الشركاء أو دون اعتراض أحد منهم اعتبر وكيلا عنهم وعـــد سكوتهم إقرارا لعمله ويكون البناء وما يغل ملكا شائعا بينهم جميعا منذ إنشائه ولو لم يفوا بما عليهم من نفقات فذلك حق شخص للـــبانى يســـترده مع الفائدة من وقت الاتفاق وفقا لما يخضع له من أحكام الوكالة ".

(طعن رقم ٣٢٥٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/٤/٢٢)

٩- من المقرر أن الأصل في الملكية الشائعة أنه إذا أقام أحد الشـــركاء بـــناء علـــى الأرض الشائعة بعلم باقى الشركاء أو دون اعـــتراض مـــنهم اعتـــبر وكيلا عنهم وعد سكوتهم إقرارا لعمله ، ويكـــون البناء ملكا شائعا بينهم ولو لم يفوا في حينه بما عليهم من نفقاته فذلك حق شخصى للبانى يسترده مع الفائدة من وقت الإنفاق وفقـــا لما يخضع له من أحكام الوكالة ولاينشأ مع حقهم فى التملك وثمـــاره فالحقـــان مخـــتلفان مصدرا وأثرا ولايرتبطان مما يجعل أحدهمـــا يـــزول بقيام الآخر أو يقوم بزواله ، وقد تسوغ المقاصة بشروطها بين ما لهم من ريع وما عليهم من دين الإنفاق وفائدته".

(طعن رقم ٨٣ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٧)

١٠- " وحيث إن هذا النعى في محله ذلك أنه لما كان النص في المادة ٨٢٨ من القانون المدنى على أن " ١- ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء ..... ٢- وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم" - يدل على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى- على أنه - إذا كان الأمر متعلقاً بأعمال الإدارة المعتادة كإيجار المال الشائع ، ولم يختر أصحاب الأغلبية مديراً وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم وتنفذ أعمال الإدارة المعتادة التى تصدر منه- ومن ضمنها الإيجار - في حقهم، لما كان ما تقدم وكان الثابت بالأوراق أن مورث الطاعنين قد تمسك أمام محكمة الموضوع بقيام المطعون ضده الثانى وهو أحد الملاك على الشيوع بتأجيره شقة النزاع في ١٩٨٤/٢/١ دون اعتراض من الباقين حتى ١٩٩٨ وقدم عقد الإيجار الدال على ذلك، وهو ما يكفى لنفاذ عقده إذا كان العقد جديا ولم يعين أصحاب الأغلبية مديرا فأطرح الحكم المطعون فيه هذا الدفاع ، واشترط لنفاذ العقد موافقة الأغلبية صراحة أو ضمناً فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وجره ذلك إلى الإخلال بحق الدفاع وهو ما يعيبه ويوجب نقضه ".

(طعن رقم ٩٨٣ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٢/١٠/٢٨)

مادة (٨٢٩)

١- للشـــركاء الذيـــن يملكـــون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشـــائع، أن يقـــرروا فـــي سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغيـــيرات الأساســـية والتعديل في الغرض الذى أعد له ما يخرج عـــن حـــدود الإدارة المعتادة ، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء ، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان .

٢- وللمحكمـــة عـــند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبـــية ، أن تقـــرر مع هذا ما تراه مناسبا من التدابير . ولها بوجـــه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات .

الشـــرح

أعمال الإدارة غير المعتادة :

٣٠- المقصود بأعمال الإدارة غير المعتادة :

يحـــدد الـــنص أعمـــال الإدارة غـــير المعتادة بأنها التغييرات الأساســـية والـــتعديل في الغرض الذى أعد له الشىء . فكل شىء بوضعه القائم له استعمال مألوف . وهو مألوف إما بحكم طبيعته أو بحكم ما جرى عليه المجتمع . فالغرض المألوف لعمارة مقسمة إلى شقق ، هو تأجيرها للغير بقصد السكن . وغير المألوف هو تحويلها إلى فندق أو مكاتب أو ملهى .

والمألوف بالنسبة للأرض الزراعية هو زراعتها وغير المألوف تحويلهـــا إلى أرض فواكه أو مشاتل أو لتربية المواشى أو تحويلها إلى أرض بناء ، والمطعم يدار كمطعم ، وغير المألوف أن يتحول إلى ملهى ومقهى . إذن يعتبر من أعمال الإدارة غير المعتادة تغيير الشـــىء بما يعدل من غرضه المألوف الذى أعد له الشىء بطبيعته أو بتخصيصه (١).

وجاء فى هذا بمذكرة المشروع التمهيدى أن :

" إذا كـــان الأمـــر متعلقا بأعمال الإدارة الخارجة عن الأعمال المعـــتادة ، كإدخال تغييرات أساسية في الغرض الذى أعد له المال لتحسين الانتفاع به ، وذلك كتحويل مطعم إلى مقهى ، أو إعادة بناء منزل لجعله أصلح للاستغلال .... الخ "(٢).

---

(١) نعمان جمعة ص ١٦٨ .

(٢) مجموعـــة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٨٨ – ويعرف الدكتور أحمد ســـلامة ص ٢٨٩ وما بعدها أعمال الإدارة غير المعتادة قائلا : " يمكن القول بأن أعمال الإدارة غير المعتادة هى الأعمال التى تخرج عن حدود الأعمـــال المعتادة أو تلك التى تقتضى تغييرا أساسيا في المال أو تعديلا فـــي الغرض الذى أعد له . وواضح أن هذا التعريف ليس حاسما ، شأنه في ذلك شأن تعريف عمل الإدارة بوجه عام . ومن ثم يحسن الابتعاد عن وضـــع معيار جامد للتفرقة بين عمل الإدارة المعتاد وعمل الإدارة غير المعتاد . والنظر إلى كل عمل على حده والاستهداء بخطورته من الناحية

٣١ـ الأغلبية المطلوبة لأعمال الإدارة غير المعتادة :

الأغلبية المطلوبة لأعمال الإدارة غير المعتادة هى ثلاثة أرباع المال الشائع . أى الملاك الذين يملكون ثلاثة أرباع المال . فمن له هذه الأغلبية من حقه أن يقرر أعمال الإدارة غير المعتادة ، ولو كان واحدا فقط .

ويعزى التشدد في تحديد الأغلبية هنا إلى خطورة أعمال الإدارة غير المعتادة ، فنظر إليها المشرع على أنها نوع من التصرف – كما سنرى .

وإذا حدث وأراد الشركاء أن يعينوا مديرا للمال الشائع يقوم بهذه الأعمال أو أن يصرحوا لمن عين مديرا للمال أن يقوم بها فإنه يتعين أن يأتى التعيين أو التصريح من جانب هذه الأغلبية غير العادية . فإذا كان المدير واحدا من الشركاء حسب نصيبه في هذه الأغلبية إذا كان موافقا ، أو حسب في الجانب المعارض إذا كان غير موافق . فإذا وافقت الأغلبية– بالرغم من معارضته – كان له أن يتنحى إذا لم يخضع للقرار .

الاقتصادية لتقرير ما إذا كان معتادا أو غير معتاد . لهذا فإن التفرقة بين النوعين تكون – في رأينا – من عمل قاضى الموضوع ، والفصل فيها فصل في مسألة موضوعية " .

وبدهـــى أنـــه كمـــا تلزم هذه الأغلبية لتقرير عمل الإدارة غير المعتاد ، فإنها تلزم أيضا للعدول عنه [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " المـــالك لحصة مقدارها ثلاثة أرباع الأرض الشائعة ، له الحـــق في إدخال تغييرات أساسية في الغرض الذى أعدت له هذه الأرض فـــي سبيل تحسين الانتفاع بها وفقا لأحكام المادة ٨٢٩ من القـــانون المدنـــى ، ويكون البناء الذى يقيمه على نفقته لتحقيق هذا الغـــرض داخلا في حدود حقه في إدارة المال الشائع ، وهو يباشر هـــذا الحق بوصفه أصيلا عن نفسه ونائبا عن مالك الربع الباقى ، وتكـــون إجارتـــه نافذة في حق هذا المالك ، كما يكون له الحق في قـــبض الأجـــرة واقتضاء التعويض الناشئ عن تلف البناء لحساب جميع الشركاء ".

(طعن رقم ٢١٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٣/١٨)

٢- " (أ)- تخول المادة ٨٢٩ من القانون المدنى الشركاء الذين يملكـــون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحســـين الانـــتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في

---

(١) السنهورى ص ١٠٩٧ ومابعدها – أحمد سلامه ص ٢٩٠ ومابعدها .

الغـــرض الـــذى أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة مما مفـــاده أن مـــا تجريه الأغلبية من تغيير أو تعديل يدخل وفقا لهذه المـــادة فـــيما تملـــك من أعمال الإدارة غير المعتادة وينفذ في حق الأقلية مالم تقرها المحكمة المختصة على ما قد تثير من اعتراض".

(ب)- " إن مـــا تباشـــره الأغلبية في المال الشائع من تغييرات أساســـية ، وتعديل في الغرض يخرجه من أعمال الإدارة المعتادة، إنما تباشره – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أصيلة عن نفسها ونائبة عن غيرها من الشركاء فإن هى شادت من مالها على العقـــار الشائع بناء كما في الدعوى الماثلة ملكت الأقلية فيه وفيما يغـــل منذ إنشائه ولو لم تف في حينه بما عليها من نفقاته فذلك حق شخصـــى للأغلبـــية تســـترده مع الفائدة من وقت الإنفاق وفقا لما يخضع له من أحكام الوكالة ولاينشأ على وجه التقابل أو التبادل مع حق الأقلية المدينة في التملك وثماره فالحقان يختلفان مصدرا وأثرا ولايرتـــبطان بما يجعل أحدهما يزول بقيام الآخر أو يقوم بزواله ، وقد تسوغ المقاصة بشروطها بين ما للأقلية من ريع وما عليها من ديـــن الإنفـــاق وفائدته مما لايثور في خصوص الدعوى لصيرورة الدين وفوائده أمرا مقضيا بحكم سابق وسداد حاصل ".

(طعن رقم ١٩ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/١٢/١٣)

٣- " تـــنص الفقرة الأولى من المادة ٨٢٩ من القانون المدنى علـــى أن " للشـــركاء الذيـــن يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساســية والـــتعديل في الغرض الذى أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعـــتادة علـــى أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعـــلان " ويعـــد من قبيل الأعمال التى تخرج عن حدود الإدارة المعـــتادة بـــناء أحد الشركاء في جزء مفرز من العقار الشائع قبل قســـمته فإذا لم توافق أغلبية الشركاء على ذلك جاز إجبار الشريك الباقى على إزالة البناء ".

(طعن رقم ١٧٨٤لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٠/١/٣١)

٣٢ـ حق الأقلية في الالتجاء إلى القضاء :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٨٢٩ مدنى في عجزها على أن : " ولمـــن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين مـــن وقـــت الإعلان ". ومفاد ذلك أن النص يلزم الأغلبية بإعلان الأقلية بقرارها حتى يبدأ تظلمها منه أمام المحكمة المختصة .

ولم يحدد النص شكلا معينا لإعلان قرار الأغلبية .

فقــد يتم بإعلان على يد محضر أو بخطاب مسجل أو بخطاب عادى أو شفاهة . ويقع عبء إثبات حصول الإعلان على الأغلبية.

وميعاد التظلم شهران يبدأ من اليوم التالى لحصول الإعلان . فإذا لم يتم التظلم في الميعاد أصبح القرار نهائيا .

ولايجــوز للأغلبــية أن تشرع في تنفيذ قرارها قبل فوات هذه المدة دون طعن من جانب الأقلية . وإذا فرض وطعن أحد الشركاء فقط استفاد بقية الشركاء المعارضين من طعنه .

وإذا قــدم الطعــن فــلا يجوز للأغلبية أن تنفذ قرارها دون ما ضرورة لأن تأمر المحكمة بوقف التنفيذ [١].

وحــق الأقلــية في التظلم ليس مقيدا بوجود غش أوتعسف من جانــب الأغلبية . فالتظلم قد يبنى على الملاءمة وعلى مدى سلامة وواقعية قرار الأغلبية [٢].

٣٣ـ قضاء المحكمة في تظلم الأقلية :

تــنص الفقرة الثانية من المادة ٨٢٩ على أن : " وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية ، أن تقرر مع هذا مـــا تــراه مناسبا من التدابير . ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء

(١) أحمد سلامه ص ٢٩٢ ومابعدها – نعمان جمعة ص ١٦٩ .

(٢) نعمان جمعة ص ١٧٠.

المخــالف مــن الشــركاء كفالــة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات ".

ويبيــن من هذا النص أن للمحكمة عند تظلم الأقلية وبعد سماع حجج كل من الأغلبية والأقلية الخيار بين حلول ثلاثة :

١- أن تلغــى قــرار الأغلبية ، ويكون ذلك بعد التحقق من أن قــرار الأغلبــية ، صــدر بناء على غش أو تعسف أو أنه لايحقق صالح الشركاء .

٢- أن توافق على قرار الأغلبية دون اتخاذ أى تدبير ، ويكون ذلك بعد أن يثبت لها أنه لاتشوب القرار ثمة شائبة .

٣- أن توافــق على قرار الأغلبية مع اتخاذ ما تراه مناسبا من التدابــير . فقد ترى المحكمة أن العمل غير مأمون العاقبة فتحتاط المحكمــة لكفالة حقوق الأقلية ، وتأمر الأغلبية بإعطاء الأقلية كفالة شخصية أو عينية ، تضمن الوفاء لها بما قد يستحق من التعويضات عن الأضرار التى تلحق بها من جراء تنفيذ قرار الأغلبية [1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " ... ولها أن تأمر بإعطاء المخــالف مــن الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويض ، من جراء تنفيذ قرار الأغلبية فيما إذا تبين أن هذا القرار ضار بالمصلحة " [2].

---

(١) السنهورى ص ١١٠٥- محمد وحيد الدين سوار ص ٣٧٣ ومابعدها.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٨٨ .

والمشـــرع بذلك يكون قد أخضع حق الأكثرية في الإدارة غير المعـــتادة إلـــى رقابـــة قضائية ، تكفل حقوق الأقلية ، وتوفق بين مصـــلحتها من جهة ، ومصلحة الأكثرية في تحسين الانتفاع بالمال الشائع وجعله أصلح للاستغلال من جهة أخرى .

مـــادة (٨٣٠)

لكل شريك فى الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ، ولو كان ذلك بغير موافقة باقى الشركاء .

الشرح

٣٤ـ المقصود بأعمال الحفظ :

أعمـــال الحفظ هى أعمال ضرورية وعاجلة تهدف إلى حماية المـــال الشائع دون أن يترتب عليها تعديل المركز القانونى للشركاء وتتميز بضآلة نفقاتها بالنسبة لقيمة المال الذى تتم حمايته . وأعمال الحفـــظ قـــد تكـــون مادية أو قانونية . ومثال أعمال الحفظ المادية أعمـــال الصـــيانة والترميم ، وجنى الثمار قبل أن تتلف ، وتسوير الأرض أو تحويطهـــا إذا كان من شأن عدم التسوير أو التحويط أن يتعرض الشيء للتلف .

ومثال أعمال الحفظ القانونية رفع دعاوى الحيازة وقطع التقادم ورفـــع دعـــوى تعيين الحدود ودعوى الاستحقاق وما يلحق بها من طلـــبات الإزالـــة والتعويض ، وبيع الأشياء التالفة والتى تكون في طـــريقها إلـــى الـــتلف ، والتعاقد على أعمال الصيانة والإصلاح العـــاجل ، وسداد أقساط الديون التى يضمنها المال الشائع ، ورفع الضرائب المفروضة على العين [١].

---

(١) محمـــد السعيد رشدى ص ١٢٤ ومابعدها – أحمد سلامه ص ٢٥٦ – نبيل سعد ص ١١٦ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لئــن كان من الأصول المقررة وفقا لنص المادتين ٨٣٠، ٨٣١ من القانون المدنى أن للشريك في الشيوع منفردا ودون حاجة إلــى موافقة باقى الشركاء القيام بأعمال حفظ المال الشائع يستوى فـــي ذلك أن تكون من الأعمال المادية أو من التصرفات القانونية ، ويلـــتزم جميع الشركاء في ملكية المال الشائع بنفقات هذه الأعمال وتنقســم علـــيهم كل بقدر حصته فى الملكية ، إلا أنه إذا كان أحد الشـــركاء مســتأثرا بالانتفاع بالعقار المملوك على الشيوع فأصاب العقــار الــتلف لســبب مــرده خطأ هذا الشريك فإن مسئوليته عن تعويــض مـــا حاق الشركاء الآخرين من ضرر تكون متحققة على أســـاس من قواعد المسئولية العقدية إن كان انتفاعه بالعقار مملوكا باتفـــاق انعقـــد بينه وبين سائر الشركاء أو على سند من المسئولية التقصيرية إن انتفى قيام العقد ، والتعويض إما أن يكون عينيا وهو الأصل ويصار إلى عوضه أى التعويض النقدى إن تعذر التعويض عينا ، فإن أصلح الشريك الذى وقع منه الخطأ ما أصاب العقار من تلـــف فـــإن ذلك لايعتبر عملا من أعمال حفظ المال الشائع بل هو رفـــع الضــــرر عينا عن المضرورين فلا يجوزله الرجوع بنفقات الإصلاح في هذه الحالة على الشركاء في الملكية الشائعة".

(طعن رقم ١١٠ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

٢- " النص في المادة ٨٣ من القانون المدنى على أنه " لكل شريك على الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ولو كان ذلك بغير موافقة باقى الشركاء " يدل على أن لكل شريك على الشيوع منفردا أن يقوم بأعمال الحفظ وهو فى ذلك يعتبر أصيلا عن نفسه ووكيلا عن سائر الشركاء طالما لم يعترض أحد منهم على عمله ، وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن أعمال الحفظ المعنية بالنص المشار إليه تتسع لرفع دعاوى الحدود والحيازة والاستحقاق وما يلحق بها من طلبات الإزالة والتعويض".

(طعن رقم ١٣٢٣ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٣/٣٠)

كما قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٨١/١/١٥ في الطعن رقم ٦٩٩ لسنة ٤٧ ق بأن دعوى سد المطلات المفتوحة بغير حق على المال الشائع من قبيل الوسائل اللازمة لحفظه.

٣٥- حق كل شريك فى القيام بأعمال الحفظ :

أعطت المادة لكل شريك في الشيوع الحق في اتخاذ الوسائل اللازمة لحفظ الشيء ، ولو كان ذلك بغير موافقة الشركاء . ويعزى ذلك إلى أن حق الشريك على المال الشائع يخوله القيام بكافة الأعمال إلا ما كان فيه مساس بحقوق الشركاء الآخرين ، وليس في أعمال الحفظ مساس بحقوقهم ، فيكون له القيام بها ولو عارضوا .

وعلــى ذلك فإن الشريك يقوم بأعمال الحفظ باعتباره صاحب حق يــرد علــى المال الشائع كله لاينحصر في جزء منه ، ولذلك تعود مــنفعة هــذه الأعمــال علــى الشيء كله فيستفيد سائر الشركاء . وســنرى أنه يكون للشريك الرجوع علي كل منهم بقدر نصيبه في النفقات التى أنفقها لحفظ الشيء [١].

٣٦ـ الأساس القانونى لحق الشريك في القيام بأعمال الحفظ :

تذهــب غالبــية الفقه إلى أن الأساس القانونى لحق الشريك في القــيام بأعمــال الحفــظ ، أن الشريك يعتبر نائبا قانونيا عن باقى الشــركاء [٢]. غــير أنــه قد اعترض على ذلك بالقول بأن النيابة لاتكون إلا فى الأعمال القانونية . أما هنا فمن الممكن أن يتم الحفظ بعمل مادى، وقد دفع هذا الاعتراض بأنه ليس من المسلم أن النيابة القانونــية تنحصر في التصرفات القانونية وحدها ، إذا المعلوم أن للولــى وللوصى القيام بأعمال الحفظ لأموال القاصر رغم أن هذه الأعمال قد تكون تصرفات قانونية أو أعمالا مادية [٣].

---

(١) محمد نبيل سعد ص ١١٧ .

(٢) أحمــد سلامه ص ٢٥٨ – عبد المنعم البدراوى ص ١٤٩– عبد المنعم الصده ص ١٩٤ .

(٣) أحمد سلامه ص ٢٥٨ – وهناك رأيان آخران في الفقه كالآتى :

١– رأى يذهــب إلــى أن أعمال الحفظ إذا تمت دون علم سائر الشركاء اعتــبر الشريك الذى قام بها فضوليا بالنسبة إليهم ، لأن الفضالة تتحقق

٣٦ مكررا – لايلزم توافر أهلية الإدارة لمباشرة أعمال الحفظ :

نظرا لأن أعمال الحفظ أعمال عاجلة تقتضيها ضرورة المحافظة على المال ، فإن المشرع لا يتطلب فيمن يباشرها أهلية الإدارة ، فيجوز لناقص الأهلية القيام بها ، كما تعد واجبا على عاتق من له سلطة إدارة أموال غيره كالوصي أو الوكيل دون إذن من المحكمة [١].

ولو كان الفضولي في أثناء توليه شأنا لنفسه قد تولى شأن غيره لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر (م ١٨٩ مدنى) (السنهورى ص ١٠٦٣ – محمد على عرفه ص ٣٩٤) .

وبهذا الرأى أخذت مذكرة المشروع التمهيدى فقد جاء بها :

"... الشريك فى هذا فضولى يتصرف فى حدود قواعد الفضالة إذا لم يوافق الشركاء الآخرون على عمله " (مجموعة الأعمال التحضرية جـ٦ ص ٦٥ .

٢– رأى يذهب إلى أن أساس هذا الحق أن القاعدة أن لكل شريك أن يحافظ على حقه فإذا اقتضى ذلك أن يحفظ للشركاء الآخرين حقوقهم كان له ذلك ولو عارضوا (إسماعيل غانم ص ١٢٠ هامش (٣)) .

(١) محمد السعيد رشدى ص ١٢١ ، ١٣٩ .

مـادة (٨٣١)

نفقــات إدارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وســائر التكالـيف الـناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال ، يـتحملها جمـيع الشـركاء ، كل بقدر حصته ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك .

الشــرح

٣٧ـ تحمـل جمـيع الشـركاء كـل بقدر حصته نفقات إدارة المال الشائع وحفظه :

لمــا كان الشركاء فى المال الشائع يشتركون فى مزايا الشىء الشــائع ، كل بحسب نصيبه ، فيكون من البديهى أن يشتركوا كذلك فــى تحمــل ما ينفق عليه فى سبيل إدارته والمحافظة عليه ، سواء أنفقــت هــذه النفقات باتفاق الجميع أو باتفاق الأغلبية فيما أعطاها القانون من سلطات، أو من شريك بمفرده عند القيام بأعمال الحفظ. إذ تــنفق هــذه الــنفقات فى جميع الأحوال لحساب الشركاء جميعا ولذلك نصت المادة ٨٣١ على هذا الحكم صراحة (١).

وما يتحمله الشريك من هذه النفقات يكون عبارة عن نسبة مما أنفقــه من قام بعمل الحفظ . يستوى أن يكون هذا الشريك يجهل أو يعلم بقيام الشريك بهذه الأعمال ، كما يستوى أن يقبل أو يعارض ،

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ١٤٦ .

وبغـض الـنظر عن مقدار الفائدة التى عادت عليه من هذا الإتفاق، وبغض النظر أيضا عما إذا كانت هذه الفائدة قد بقيت أو زالت [١].

وقد ذكرنا سلفا المقصود بأعمال الإدارة والحفظ . وقد أضافت المـادة إلى هذه النفقات سائر التكاليف الناتجة عن الشيوع ، كنفقة إصـلاح الحائط المشترك أو تجديده (م٢/٨١٤ مدنى) ، أو المقرر على المال كفوائد الديون وأقساطها .

وإذا قـام أحد الشركاء بالأعمال سالفة الذكر كان له أن يرجع علـى الآخرين كل بقدر حصته على أساس الوكالة وكل ذلك ما لم يـتفق الشـركاء علـى نسبة أخرى ، فتجعل مثلا بالاتفاق حصة الشريك القائم بالإدارة فى النفقات فى نظير قيامه بالإدارة .

وكذلك ما لم يوجد نص أيضا يقضى بغير ذلك . مثل ما قضت به الفقرة الأولى من المادة ٨١٥ مدنى من تحمل الشريك الذى يقوم بتعلية الحائط المشترك بنفقات التعلية وصيانة الجزء المعلى وعمل مـا يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئا من متانته [٢].

---

(١) أحمد سلامه ص ٢٥٩ .

(٢) السنهورى ص ١٠٦٦.

٣٨ ـ تخلص الشريك من نفقات الحفظ بتخليه عن نصيبه فى المال الشائع :

كان مشروع المادة ٨٣١ ينص فى عجزه على أن : " ولكل شريك أن يتخلص من هذه النفقات إذا تخلى عن حصته فى المال الشائع " .

وقد علقت مذكرة المشروع التمهيدى على هذا النص بقولها : " ولكل شريك أن يتخلص من الالتزام بالنفقات إذا هو تخلى عن حصته، كما هو شأن كل صاحب حق عينى " .

وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ انقسم الرأى حول هذا الحكم فقد حبذ رئيس اللجنة فكرة التخلص أو التخلى بشرط تنظيمها وتعيين الجهة التى يذهب إليها هذا النصيب مخافة أن يعتبر سائبا وخشية أنه إذا حرمنا المالك على الشيوع من التخلى أن يلجأ الشركاء إلى التنفيذ على ملك آخر له نظير النفقات المطلوبة منه .

وعارض هذه الفكرة رأى آخر يقول إن حذفها من المادة لاضرر منه لأن النفقات الإدارية لا يمكن أن تصل إلى أكثر من قيمة رأس المال حتى تجعل الشريك يتخلى عن ملكه ، ولاخوف من أن القضاء لايستطيع أن يستنبط هذا الحكم من القواعد العامة لأنه قاعدة أصلية مؤداها أن الشخص الملتزم بالتزام شخصى يمكنه أن يتحلل من التزامه بترك الشىء فالحكم الوارد فى هذه المادة حكم

غير عملى ، ولايصح أن تشغل اللجنة وقتها فى تنظيمه وقد وافقت اللجـنة على المادة مع حذف عبارة " ولكل شريك أن يتخلص من هذه النفقات إذا تخلى عن حصته فى المال الشائع" .

وجـاء بـتقريرها : رأت اللجـنة حذف العبارة الأخيرة التى تختتم هذه المادة ونصها: " ولكل شريك أن يتخلص من هذه النفقات إذا تخلـى عن حصته فى المال الشائع " ، وقد روعى فى ذلك أن فكرة التخلص من التزام متعلق بعين من الأعيان عن طريق التخلية فكرة عامة التطبيق ، ولكن إجراء حكمه من الناحية العملية يقتضى وضع تفاصيل يحسن تجنبها " ، وقد وافق المجلس على المادة كما عدلتها اللجنة [1].

وواضح من المناقشات سالفة الذكر وتقرير لجنة القانون المدنى أن اللجـنة تركت حكم التخلى للقواعد العامة . ولذلك ذهبت غالبية الفقـه إلـى أنه لما كان التزام الشريك على الشيوع بالاشتراك فى التكالـيف والـنفقات الـناتجة عن الشيوع ، هو التزام عينى سببه الاشتراك فى ملكية العين الشائعة ، فإنه يكون للشريك حق التخلص من هذا الالتزام بالتخلى عن نصيبه فى الملكية .

ويترتب على تخلى الشريك عن حصته على النحو المتقدم ، أن تصـبح هـذه الحصة ملكا للشركاء الآخرين ، كل بقدر نصيبه فى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٩٢ ومابعدها .

المــال الشــائع ، وذلك فى مقابل إعفاء شريكهم المتخلى من سائر الالتزامات الناشئة عن إشتراكه فى الملكية [١]. ويعاد تقسيم النفقات

---

(١) الســنهورى ص ١٠٦٧ وهامش (٣) – محمد على عرفه ص ٣٩٥ – الصــده ص ١٩٥ – إســماعيل غانم ص ١٣٢ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ١٤٩ .

ورغم أن الدكتور منصور مصطفى منصور (ص١٤٧ ومابعدها) يسلم بأن ما جاء بالمتن هو الرأى السائد في الفقه ، يذكر أن مبدأ التخلى هذا مع ما يترتــب عليه من آثار ، محل نظر ، وقد يؤدى إلى نتائج غير مقبولة . ويكــتفى لإيضاح هذا بأن يفترض أن عدة شركاء فى سيارة تحطمت في حادث قد اتفقوا على إصلاحها ، وقام أحدهم بالإنفاق على الإصلاح ، ثم تبيــن بعد الإصلاح أنها لاتساوى ما أنفق عليها . فمقتضى ما يذهب إليه الشــراح أنــه يجوز لسائر الشركاء ، غير من أنفق على الإصلاح ، أن يتخلوا عن حصصهم فتصبح السيارة ملكا خالصا لمن أنفق على الإصلاح ويــتحمل وحده المصاريف والفرض أنها أكثر من قيمة السيارة . وهذه نتيجة غير مقبولة .

أما الدكتور أحمد سلامه (ص ٢٦١ وما بعدها) فيورد تحفظا واحدا على مبدأ التخلى المبرئ من النفقات ، ويقول أنه تحفظ مستمد من جوهر فكرة الالتزام العينى . فهو التزام يثبت في العين ليس لسبب سوى أن المدين به يملك هذه العين . ومن هنا تجب التفرقة بين فرضين : الأول : أن يوافق الشــريك على أن يقوم زميله بأعمال الحفظ أو على الأقل أن يعلم بذلك ولايعترض ، والثانى : أن يجهل أو يعلم ويعترض ، وفى الفرض الأول لايقبل منه التخلى المبرئ ، بل يكون لمن أنفق أن يرجع على من يتخلى

علـــى أساس الحصص الجديدة . وبعبارة أخرى تزاد بقوة القانون " حصة أو حصص من تخلى إلى حصص من دفع نصيبه دون حاجة إلى قبول منهم " .

وهكذا يترتب على التخلى أثران: أحدهما مبرئ والآخر منشئ. أمـــا أثـــره المـــبرئ فيتحقق فى حق الشريك المتخلى ، وأما الأثر المنشـــئ فيتصــــل بالشركاء الآخرين الذين تؤول إليهم ملكية حصة هذا الشريك . وينبنى على ذلك وجوب تسجيل سند التخلية إذا كان موضـــوع الشـــيوع عقـــارا حتى تنتقل الملكية فيما بين الشركاء ، وبالنســـبة إلى الغير ، وذلك تطبيقا للمادة التاسعة من قانون الشهر العقارى .

غير أنه يجب ملاحظة أن التخلى لا أثر له إلا على الالتزامات الناتجة عن الشيوع ذاته ، وهى تلك التى يسهم فيها الشركاء جميعا، ســـواء في ذلك الالتزامات التى نشأت قبل التخلى أو بعده . فلا أثر

فـــي أموالـــه الأخرى إما بكل نصيبه في النفقات، وإما بما يجاوز قيمة حصته . ذلك أن سبب الالتزام بدفع النصيب في النفقات هو موافقته على القـــيام بأعمال الحفظ . ومـــن ثم فهو لا يلتزم لمجرد تملكه ، أمـــا في الفـــرض الثانى فيجوز له أن يتخلى فتبرأ ذمته من نصيبه في النفقات . واتســـاقا مع الحكم في هذا الفرض الثانى فإن التخلى لايؤدى إلى براءة ذمة المتخلى من التعويض الذى يستحق عليه نتيجة خطأ ارتكبه ، كما لو أتلف المال الشائع أوتعسف في استعمال حقه في الملكية الشائعة .

لـــه على مسئولية المالك الشخصية الناتجة عن خطأ ارتكبه ترتب علـــيه إتلاف المال الشائع ، أو الناتجة عن تعسفه في استعمال حق الملكية الشائعة[1] .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لئن كان من الأصول المقررة وفقا لنص المادتين ٨٣٠، ٨٣١ مـــن القانون المدنى أن للشريك في الشيوع منفردا ودون حاجة إلى موافقـــة بـــاقى الشركاء القيام بأعمال حفظ المال الشائع يستوى في ذلـــك أن تكـــون من الأعمال المادية أو من التصرفات القانونية ، ويلـــتزم جميع الشركاء في ملكية المال الشائع بنفقات هذه الأعمال وتنقســـم علـــيهم كل بقدر حصته في الملكية ، إلا أنه إذا كان أحد الشـــركاء مســـتأثرا بالانتفاع بالعقار المملوك على الشيوع فأصاب العقـــار الـــتلف لســـبب مرده خطأ هذا الشريك فإن مسئوليته عن تعويـــض مـــا حاق الشركاء الآخرين من ضرر تكون متحققة على أســـاس من قواعد المسئولية العقدية إن كان انتفاعه بالعقار مملوكا باتفـــاق انعقد بينه وبين سائر الشركاء أو على سند من المسئولية التقصيرية إن انتفى قيام العقد ، والتعويض إما أن يكون عينيا وهو الأصل ويصار إلى عوضه أى التعويض النقدى إن تعذر التعويض

---

(١) إسماعيل غانم ص ١٣٣ – الصده ص ١٩٥ – السنهورى ص ١٠٦٧ هامش (٣) .

عينا ، فإن أصلح الشريك الذى وقع منه الخطأ ما أصاب العقار من تلــف فــإن ذلك لايعتبر عملا من أعمال حفظ المال الشائع بل هو رفــع الضـــرر عينا عن المضرورين فلا يجوز له الرجوع بنفقات الإصلاح في هذه الحالة على الشركاء في الملكية الشائعة " .

(طعن رقم ١١٠ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

مــادة (٨٣٢)

للشــركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقــرروا التصــرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية ، علــى أن يعلــنوا قــراراتهم إلى باقى الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان . وللمحكمــة عــند مــا تكــون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا .

الشـــرح

التصرف في المال الشائع :

٣٩ـ الأغلبية المطلوبة للتصرف في المال الشائع :

الأغلبــية المطلوبة للتصرف في المال الشائع ، هى أغلبية من يملك على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع . وهى ذات الأغلبية التى تطلبتها المادة ٨٢٩ مدنى لأعمال الإدارة غير المعتادة .

وقــد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " سار المشروع في تغليب رأى الأغلبــية إلــى حد بعيد ، إذ أجاز لأغلبية أعلى من الأغلبية المعــتادة (شــركاء يملكون على الأقل ثلاثة أرباع قيمة المال) أن تتصرف في المال الشائع بالبيع أو المقايضة مثلا ... إلخ ".

وعلى ذلك فإن هذه الأغلبية لاتتصل بعدد الشركاء ، وقد تتحقق هذه الأغلبية لشريك واحد إذا كان يملك ثلاثة أرباع المال الشائع.

٤٠ـ المقصود بالتصرف في المال الشائع :

نصت المادة على أن للشركاء الذى يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا التصرف فيه .... إلخ " – فوردت كلمة " التصرف " عامة ، فهى تشمل التصرفات الناقلة للملكية كالبيع والمقايضة ، كما تشمل من باب أولى مجرد الرهن ، لأن من يملك الأكثر يملك الأقل .

والتصرف الناقل للملكية ، قد يشمل المال الشائع كله ، أو جزءا مفرزا منه [١].

٤١ـ يشترط في تصرف الأغلبية الاستناد إلى أسباب قوية :

نصت المادة على أن : " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا التصرف فيه **إذا استندوا فى ذلك إلى أسباب قوية .... إلخ** " .

فيجب لتصرف الأغلبية المذكورة في المال الشائع وجود أسباب قوية تدعو للتصرف ، فلا يكفى مجرد الرغبة في التصرف والتى تكفى لتبرير تصرف المالك ملكية مفرزة فيما يملكه ، أو التى تكفى لتصرف الشركاء بالإجماع .

والأسباب القوية يجب أن تكون من الأهمية والعجلة بحيث لاتحتمل انتظار القسمة ، أوأن تكون القسمة ضارة بالشركاء، أو أن تكون هناك فرصة يخشى ألا تعود مرة أخرى . فقد يحتاج المنزل

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٠٧ – عبد المنعم البدراوى ص ١٩٣ .

لـــنفقات صيانة ضخمة لا يقدر عليها الشركاء ويحتمل انهيار البناء فـــي حالـــة انتظار القسمة ، وقد تكون مساحة المال ضئيلة بحيث يـــتعذر قسمته أو يترتب على القسمة الإضرار بالشركاء ، إذ يتعذر التصـــرف فـــي كل جزء على حدة ، أو أن يعرض على الشركاء ســـعر مرتفع للمال لظروف طارئة تلح على المشترى ويخشى ألا يترتب على سرعة التصرف ضياع الفرصة [١].

وقـــد يحـــتاج الشركاء إلى اقتراض المال اللازم لإصلاح هذا المـــال أو إدخال تحسينات من شأنها أن تزيد في غلته أو أن تجعل اســـتغلاله ممكـــنا ، ممـــا تـــرى معه الأغلبية رهن العين ضمانا للفرض[٢].

٤٢ـ إعلان الأقلية بقرار الأغلبية :

أوجـــب النص على الأغلبية إذا أصدرت قرارها بالتصرف في المـــال الشـــائع أن تعلن هذا القرار إلى الأقلية التى لم توافق على قرارها، ويكون الإعلان إلى كل منهم على حده .

ولـــم تبيـــن المـــادة طريقة الإعلان ، ومن ثم يجوز أن يكون بإعلان على يد محضر أو بكتاب مسجل أو بكتاب عادى أو شفاهة. ويقع على عاتق الأغلبية إثبات حصول الإعلان .

---

(١) الدكتور حسام الدين الأهوانى الحقوق العينية الأصلية أحكام حق الملكية ص ٤٣ .

(٢) محمد على عرفه ص ٤٠٧- محمد وحيد الدين سوار ص ٣٧٨ .

وإذا أصـــبح التصرف الصادر من أغلبية الشركاء نهائيا ، إما لعـــدم اعـــتراض أحـــد مـــن الأقلية ، وإما بعد عرض الأمر على المحكمة وصدورحكم بإقرار التصرف بإنشاء حق عينى ، كالانتفاع أو الرهـــن ، فيـــبقى الحق نافذا أيا كانت النتيجة التى تترتب على القسمة ، حكمه في ذلك حكم الحق الناشىء باتفاق جميع الشركاء .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الأصل في انتقال الملكية للورثة أنها تنتقل شائعة بينهم ، إذ يترتـــب علـــى وفـــاة المورث تملك الورثة لأعيان التركة ملكية شـــائعة كل بنسبة حصته الموروثة وكان النص في المادة ٨٣٢ من التقنيـــن المدنـــى على أن " للشركاء الذين يملكون على الأقل على ثلاثـــة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلـــك إلـــى أسباب قوية على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقـــت الإعلان – وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا" يـــدل علـــى أن التصرف أيا كان نوعه ينبغى صدور قرار به من أغلبـــية خاصة تمثل ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل ويلزم أن

يكـــون قـــرار الأغلبية مبنيا على أسباب قوية وللأقلية من الشركاء حق التظلم إلى إلمحكمة المختصة خلال شهرين من تاريخ إعلانهم بالتصرف بأى طريق وللمحكمة أن تقدر ما إذا كان التصرف واجبا من عدمه وإذا لم يعارض أحد في الميعاد أصبح قرار الأغلبية نافذا وملزما للأقلية " .

(طعن رقم ٢٨٤ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٨٢/١/١١ غير منشور)

٢- "النص فى المادة ٨٣٢ من القانون المدنى على أنه "للشركاء الذيـــن يملكـــون علـــى الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصـــرف فيه إذا استندوا فى ذلك إلى أسباب قوية على أن يعلنوا قـــراراتهم إلى باقى الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلـــى المحكمـــة خلال شهرين من وقت الإعلان ، وللمجكمة عندما تكـــون قســـمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقدر تبعا للظـــروف ما إذا كان التصرف واجبا " مفاده أن المشرع وإن خول أغلبـــية الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع الحـــق فـــي أن يقـــرروا التصرف فيه كله دون الرجوع إلى باقى شركائهم أصحاب الأقلية إلا أنه اشترط لذلك إعلان هؤلاء بالقرار حـــتى إذا لـــم يصادف قبولا لدى أى منهم كان له حق الاعتراض علـــيه أمام المحكمة خلال شهرين من وقت إعلانه به ومؤدى ذلك أن المعول عليه في انفتاح ميعاد الاعتراض على قرار الأغلبية هو

بـــإعلانهم أصحاب الأقلية به مما لايغنى عنه الإعلان الحاصل من غـــيرهم أو علم أصحاب الأقلية بهذا القرار بأى طريقة أخرى ولو كانت قاطعة " .

(طعن رقم ٥٣١ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٣١)

٤٣ـ سلطة المحكمة في اعتراض الأقلية :

ظاهر العبارة الأخيرة من المادة " وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كـــان التصرف واجبا " . يدل على أن على المحكمة قبل أن تنظر مبررات القرار لكى تقدر ما إذا كان التصرف واجبا أن تنظر أولاً فـــي أمر قسمة المال الشائع ومبلغ نفعها . فإذا كانت القسمة ممكنة دون إضـــرار بمصلحة الشركاء تعين على المحكمة أن تأمر بها . ولا تنظر المحكمة في مبررات القرار إلا إذا اتضح لها أن القسمة ضـــارة بمصـــالح الشركاء . فتقدر في هذه الحالة فقط ما إذا كان التصـــرف واجبا فتقره ، أولا يقوم على أسباب قوية فتلغيه ، سواء طلبت الأقلية إجراء القسمة أم لم تطلب [1].

---

(١) منصـــور مصـــطفى منصور ص ١٥٢ ومابعدها – محمد وحيد الدين ســـوار ص ٣٧٩ – أحمـــد سلامه ص ٣٠١- عبد المنعم البدراوى ص ١٦٥ ومابعدهـــا – محمد على عرفه ص ٤٠٧ – نبيل سعد ص ١٢٣- ويذهب رأى إلى أنه يجب ألا يفسر نص المادة ٨٣٢ على المعنى الظاهر من عبارته الأخيرة حيث أن سياق النص يقضى أن يفسر شطرها الأخير

علـــى أن المقصـــود به هو حالة ما إذا تمثلت معارضة الأقلية في طلب الخـــروج مـــن الشيوع ، وعلى ذلك يرى أنه يجب التفرقة بين حالتين : حالـــة إذا لم تطلب الأقلية القسمة وإنما طلبت إلغاء القرار ، وحالة ما إذا طلبـــت الأقلـــية القسمة ، أى لايجوز للمحكمة أن تنظر مباشرة في أمر القســـمة مـــن تلقـــاء نفســـها ودون طلب من جانب الشريك المعترض (إســـماعيل غـــانم ص ١٣٦ وما بعدها - عبد المنعم الصده ص ١٩٨ ومابعدها) .

ويذهـــب رأى شـــان إلـــى أن المحكمة تستوثق أولاً من قيام أسباب قوية تســـتدعى التصرف في العين الشائعة ، فإن لم تقتنع بعد ذلك ألغت قرار الأغلبية .

أمـــا إذا اقتنعت بقيام هذه الأسباب القوية ، فإنها تنتقل بعد ذلك إلى النظر فـــيما إذا كان من الممكن قسمة العين قسمة عينية لتخليص الشركاء من الشيوع وإطلاق يد كل واحد منهم في نصيبه مفرزا ، فلا يعود الأمر في حاجـــة إلى فرض قرار الأغلبية على الأقلية . والمشروع التمهيدى لنص المادة ٨٣٢ صريح في هذا المعنى إذ يقول : " وللمحكمة أن تقرر ، تبعا للظـــروف ، مـــا إذا كان التصرف واجبا ، بعد أن تتبين أن قسمة المال الشـــائع ضارة بمصالح الشركاء " . فتقدير المحكمة ما إذا كان التصرف واجبا يأتى بعد تبينها أن قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء وإذا كان النص الذى استقرت عليه المادة ٨٣٢ مدنى، وهو يقول " وللمحكمة ، عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء . أن تقدر .." قد غير من ترتيب العبارات . فإنه لم يقصد تغييرا في المعنى ، بل إن هذا التعبير قد وصف بأنه مجرد تعديل لفظى . فإذا رأت المحكمة أن القسمة العينية لاتضر بمصالح الشركاء ، أمرت بها ، ولو من تلقاء نفسها ، دون أن يطلبها أحد من الشركاء .

والمحكمة في هذا توازن بين قرار الأغلبية بالتصرف واعتراض الأقلية ، وتستهدى بالأسباب التى استندت إليها الأغلبية في تقرير التصرف والمبررات التى يستند إليها المعترض لتنتهى إما إلى الحكم بصحة القرار ونفاذه رغم معارضة الأقلية وإما إلى إلغاء القرار .

الشرح

حق استرداد الحصة الشائعة :

٤٤ـ تعريف حق الاسترداد :

حق الاسترداد (retrait) هو حق الشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال في أن يحل محل المشترى للحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى .

وحق الاسترداد وحق آخر هو حق الشفعة تغيا منهما الشارع أن يمكن الشركاء من منع دخول أجنبى بينهم في الشيوع . ولكل من الحقين نطاقه الذى يباشر فيه ، فحق الاسترداد لا يكون إلا في بيع الحصة الشائعة في منقول أو في مجموع من المال ، وحق الشفعة لا يكون إلا في بيع الحصة الشائعة في عقار معين . وبذلك

أما إذا تبينت المحكمة أن القسمة العينية ضارة بمصالح الشركاء ، فإنها تنتقل أخيرا إلى تقرير ما إذا كان التصرف الذى قررته الأغلبية تصرفا حكيما تبرره الظروف القائمة وليس فيه غبن فادح . فهى في النهاية تقدر، تبعا للظروف ، " ما إذا كان التصرف واجبا " . فإن رأته واجبا أمرت به ، ونفذته الأغلبية وفقا للقرار الذى اتخذته في هذا الشأن ، بعد أن أعطيت الأقلية الضمانات المعقولة للاستيثاق من صواب هذا القرار، وإن لم تره المحكمة واجبا ، ألغت قرار الأغلبية ، ولم يعد التصرف ممكنا بعد ذلك إلا بإجماع الشركاء (السنهورى ص ١١١٥ وما بعدها) .

لا يكـــون أمام الشريك في بيع معين إلا طريق واحد يتحدد بحسب المال الذى تخرج منه الحصة المبيعة .

ولئن كان حق الاسترداد وحق الشفعة يتفقان في المبررات التى تنهض بهما في الشيوع ، إلا أن للشفعة نطاقا يجاوز حالة الشيوع ، فلهـــا أسباب عديدة يعتبر الشيوع واحدا منها . ولذلك تنفرد الشفعة بقـــيود وأحكام لا نجدها في الاسترداد . وسنرى تفصيلا لذلك حين دراسة الشفعة بين أسباب كسب الملكية .

والمصـــــدر التاريخى لحق الاسترداد هو القانون الفرنسى ، أما المصدر التاريخى لحق الشفقة فهو الشريعة الإسلامية [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" قصـــر المشـــروع حق استرداد الحصة الشائعة على المنقول دون العقار . وجعل الشفعة في العقار مغنية عن هذا الحق، حتى لا تتضارب الحقوق في الميزان الواحد " [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن الشفعة والاسترداد وإن كانا متفقين في أن كلا منهما يؤدى إلـــى نـــوع من الافتيات على حرية التبايع وإلى نزع الملكية جبرا

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٢١٢ وما بعدها – نبيل سعد ص ١٢٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٩٨ .

علـــى مشـــتريه ، فإنهما مع ذلك حقان متغايران من حيث المصدر والحكمـــة والســـبب والمحل . وذلك بأن الشفعة مصدرها الشريعة الإســـلامية ، وحكمـــتها دفـــع ضرر شريك جديد أو جار طارئ ، وسببها الموجب لها هو اتصال ملك الشفيع بالمبيع اتصال شركة أو جـــوار ، ومحلهـــا أن يكـــون المبيع عقارا فلا شفعة في منقول أما الاسترداد فمصدره القانون الفرنسى، وحكمته حفظ أسرار الشركات وكـــف الأجانـــب عن النفاذ إليها وجعل الورثة في مأمن من دخيل يطـــرأ فيفســـد عليهم محيطهم العائلى ، وسببه التركة في الإرث ، ومحله أن يكون المبيع حصة أو جزءا من حصة شائعة في التركة عامـــة مـــنظورا إلـــيها كوحدة قانونية تنتظم كل ما يقوم بمال من الحقوق والواجبات " .

(طعن رقم ٧٩ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١١/٢١)

٤٥ـ نطاق حق الاسترداد :

(أ) من حيث الموضوع :

لايثبت حق الاسترداد إلا بالنسبة إلى الحصة الشائعة في منقول معيـــن ، أو مجمـــوع من المال ، كالتركة التى تتكون من عناصر مـــتعددة ، وأمـــوال الشـــركة بعد حلها ، والمتجر وهو يتكون من عناصـــر متعددة حتى لو حوى هذا المجموع عقارا ، إذ المجموع فـــي حد ذاته يعتبر منقولا معنويا . أما إذا كان المبيع حصة شائعة

فـــي عقار معين فإنه لايجوز الاسترداد ، ولا سبيل في هذه الحالة للحلول محل المشترى إلا عن طريق الشفعة [١].

---

(١) وكانـــت المــــادة ٥٦١/٤٦٢ مـــن التقنين المدنى القديم تنص على أن : "يجـــوز للشركاء في الملك قبل قسمته بينهم أن يستردوا لأنفسهم الحصة الشـــائعة الـــتى باعهـــا أحدهم للغير ويقوموا بدفع ثمنها له والمصاريف الرسمية والمصاريف الضرورية أو النافعة ".

وقد استقرت محكمة النقض – أخيرا- على أن محل ثبوت حق الاسترداد هو أن يكون المبيع حصة شائعة في مجموع الملك المشترك كله لا حصة شائعة في عين أو أعيان معينة .

إذ قضت بتاريخ ١٩٤٧/٥/٢٢ فى الطعن رقم ١١٣ لسنة ١٦ق بأن :

" إن محـــل ثـــبوت حق الاسترداد المنصوص عليه في المادة ٤٦٢ من القـــانون المدنـــى هـــو أن يكون المبيع حصة شائعة في مجموع الملك المشـــترك كله لا حصة شائعة في عين أو أعيان معينة منه . وذلك لأن حلـــول أجنـــبى محل أحد الشركاء في جزء شائع في مجموع الملك هو وحده الذى قدر فيه الشارع مظنة إذاعة أسرار الشركة وإفشاء محيطها ".

(أيضـــا طعن رقم ٧٩ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١١/٢١ – طعن رقم ٤٤ لســـنـــة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٣/١٣ – طعـــن رقـــم ١٥٣ لسنة ١٩ ق جلســـة ١٩٥١/٣/٢٩ – طعـــن رقم ١٧٧ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٦/١٢ – طعـــن رقم ٢١٣ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٢/١٢/٤- طعن رقم ٦٥ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٢/١٦)

وقـــد عدلت المحكمة في الأحكام سالفة الذكر عن قضاء سابق لها ذهبت فيه إلى المادة ٤٦٢ من القانون المدنى عامة التطبيق فيرد الاسترداد على

وعلـــى ذلك فحق استرداد الحصة الشائعة يثبت أيا كان مصدر الشـــيوع ، فيستوى أن يكون الشيوع ناشئا عن الإرث أو غير ذلك من الأسباب .

ولا يجوز الاسترداد إلا فى كل الحصة المبيعة ، حيث لاتجوز تجـــزئة الصـــفقة علـــى المشترى ، وذلك حتى يتحقق الغرض من الاســـترداد ، وهـــو عدم دخول الأجنبى في الشيوع ، لأنه لو أجيز اســـترداد بعـــض الحصة المبيعة لبقى المشترى شريكا في الشيوع بالجزء المتبقى ، وبذلك تنتفى العلة من الاسترداد (١).

أى حصة شائعة ، سواء أكانت في مجموع الأموال المشتركة أم في عقار معين منها .

إذ قضت بتاريخ ١٩٤٤/٦/٨ في الطعن رقم ١٣٢ لسنة ١٣ ق بأن :

" إن المـــادة ٤٦٢ مـــن القـــانون المدنى إذ قررت حق استرداد الحصة الشائعة قد جاء نصها عاما مطلقا لاقيد فيه . فيدخل في مدلوله كل حصة شـــائعة . أيـــا كـــان سبب الشيوع ، وسواء أكانت في مجموع الأموال المشتركة أم في عقار معين منها ".

(ذات المبدأ طعن رقم ١٣٣ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٥/٢٤)

(١) محمد على عرفه ص ٤١٧ ومابعدها – منصور مصطفى منصور ص ١٥٧ ومابعدها – نبيل سعد ص ١٢٧ ومابعدها – محمد لبيب شنب ص ٣٣٠ ومابعدهـــا – أما في ظل التقنين المدنى القديم فكان الرأى أن حق الاســـترداد قاصر على (الشركاء الأصليين) استنادا إلى النص الفرنسى للمادة ٤٦٢/ ٥٦١ . **وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :**

(ب) من حيث الأشخاص :

يثبـــت حق الاسترداد لكل شريك في الشيوع وقت البيع ، وذلك دون تفــرقة بيـــن شريك أصلى ، وهو الذى كان موجودا منذ بدء الشــيوع ، وشريك عارض وهو الذى لم يدخل في الشيوع إلا في تــاريخ لاحق ، كورثة الشركاء الأصليين ، والموصى لهم بحصة

" إن المـــادة ٤٦٢ مـــن القـــانون المدنى إذ قررت حق استرداد الحصة الشائعة قد جاء نصها عاما مطلقا لا قيد فيه . فيدخل في مدلوله كل حصة شـــائعة أيـــا كـــان ســـبب الشيوع ، وسواء أكانت في مجموع الأموال المشـــتركة أم فـــي عقار معين منها ، إلا أنه لما كانت الحكمة من تقرير الشـــارع لهـــذا الحـــق هى حماية الشركاء الأصليين الذين جمعت بينهم القـــرابة العائلية أو الرغبة الاختيارية ، من الأجنبى الدخيل عليهم تجنبا لاطلاعـــه علـــى أحوال التركة أو الشركة لما قد يترتب على تدخله من ارتباك لهم سواء أثناء قيام الشركة أو عند تصفيتها – لما كانت هذه هى الحكمة من تقرير حق الاسترداد فإنه لايكون له محل في الحصة الشائعة فـــي العقـــار المعيـــن الذى يتبادر بجلاء وبلا أدنى شك سهولة تسليمها للمشـــترى الأجنبى دون ذلك الاطلاع أو الارتباك ودون احتمال اشتراكه فـــي القســـمة . فإذا كان الحكم قد رفض طلب استرداد الحصص المبيعة الشـــائعة فـــي عقارات معينة لا لانتفاء تلك الحكمة بل على أساس قصر حـــق الاسترداد على حالة بيع الشريك حصته كلها أو بعضها شائعة في عمـــوم أمـــوال الشـــركة فإن الحكم المذكور يكون قد خالف القانون في قضائه هذا " .

(طعن رقم ١٣٢ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٦/٨)

أحـــد الشـــركاء ، والشريك الذى يشترى حصة أحد الشركاء ويحل محلــه . فلا يحرم من هذا الحق إلا الشركاء الطارئين بعد البيع ، فليس لهم التضرر من حالة سابقة على نشوء حقهم .

ولكـــن لـــيس لدائـــنى الشـــريك أن يستردوا باسمه عن طريق الدعـــوى غير المباشرة ، لأن الاسترداد رخصة ، ولايجوز للدائن بالدعوى غير المباشرة أن يستعمل ما للمدين من رخص (١).

وقـــد نصـــت الفقـــرة الثانـــية مـــن المادة على أنه إذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته .

ولكـــن سبق أحد الشركاء إلى المطالبة بالاسترداد لا يؤدى إلى حـــرمان باقيهم من استعمال هذا الحق ، مادامت لم تمض المواعيد القانونية التى حددها القانون لاستعماله (٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" .. ولم ير المشروع التمييز بين شريك أصلى وشريك عارض ، وجعل الحق في المنقول الشائع أو في المجموع من المال (كالمتجر أو الشركة ولو حوت عقارا ... " (٣).

---

(١) الدكتور محمد كامل مرسى الملكية والحقوق العينية الجزء الرابع الطبعة الثالـــثة ١٣٥٥ هـــ - ١٩٣٦ م ص ٣٨٥ - السنهورى ص ١١٣٦ - محمد على عرفه ص ٤١٨ - منصور مصطفى منصور ص ١٥٧ .

(٢) محمد على عرفه ص ٤٢١ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٦ ص ٩٨.

وقـبول الشركاء مشاركة أجنبى باعه أحدهم حصته ، لايمنعهم مـن أن يعودوا إلى طلب استرداد هذه الحصة بالذات إذا تصرف فـيها هذا الشريك الطارئ بالبيع لأجنبى آخر ، لأن المادة لم تفرق بيـن البيع الصادر من شريك أصلى لأجنبى وبين البيع الصادر من هـذا الشـريك الطـارئ لأجنبى آخر إذ كلاهما قد يضر بمن هم شركاء فى الملك في وقت البيع (١).

٤٦ ـ شروط الاسترداد :

يشـترط لثـبوت حق استرداد الحصة الشائعة توافر الشروط الآتية :

الشرط الأول :

أن يكـون التصرف الصادر من الشريك بيعا . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٨٣٣ مدنى . ومن ثم إذا كان التصرف الناقل للملكـية لـيس بيعا ، لما جاز الاسترداد ، يستوى أن يكون بمقابل كالمقايضـة أو بغـير مقابل كالهبة والوصية . وتستند هذه التفرقة علـى أنه في غير حالة البيع يصعب على الشريك المسترد أن يقدم للشـريك المتصرف نفس ما قدمه المتصرف إليه مقابلا للحصة ، سواء كان هذا المقابل ماديا أو أدبيا (٢).

---

(١) محمد على عرفه ص ٤١٩.

(٢) أحمد سلامه ص ٣٠٧ .

فــإذا كـــان محل البيع إنشاء حق انتفاع مع بقاء الشريك البائع مالكا لحصته ، فلا يجوز الاسترداد . ومن هذا يتضح ضيق نطاق الاسترداد عن نطاق الشفعة كما سنرى [١].

غــير أنه ينبغى مراعاة أن وصف التصرف ليس مما يستقل به طــرفاه ، ومــن ثم يجوز للمسترد – وهو من الغير – أن يثبت أن وصــف التصـــرف بغير البيع ليس مما يطابق الواقع وأنه بيع في حقيقــته ، ويكــون له أنه يكشف عن التكييف الحقيقى بكافة طرق الإثبات [٢].

الشرط الثانى :

أن يكون المبيع حصة شائعة :

يشترط أن يكون المبيع حصة شائعة ، لأن بيع الحصة الشائعة هو الذى يؤدى إلى دخول الأجنبى شريكا في الشيوع والغرض من الاسترداد هو منع دخول الأجنبى .

فــلا يجوز الاسترداد إذا كان البيع واردا على جزء مفرز من المـــال الشـــائع ، لأن هـــذا البيع لاينفذ في حق الشركاء الآخرين ولايترتــب عليه بالتالى دخول المشترى شريكا في الشيوع ، وبذلك تنتفى الحكمة من الاسترداد [٣].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٣٣٠.

(٢) أحمد سلامه ص ٣٠٨ .

(٣) محمد كامل مرسى ص ٣٨٦ ومابعدها- عبد المنعم الصده ص ٢١٤.

وإذا كانت الحصة المبيعة شائعة ، فلا يجوز للمسترد أن يسترد نسبة منها إذ فوق أن في استرداد هذه النسبة تبعيضا غير جائز للصفقة ، فإنه لايؤدى إلى تحاشى المساوئ المترتبة على دخول الأجنبى الذى سيظل شريكا بحصة ضئيلة أو كبيرة . أما إذا بيعت أكثر من حصة لأكثر من أجنبى ، فإنه يجوز للشريك أو للشركاء أن يستردوا الحصة المبيعة لواحد منهم ، فقد يتضرر الشركاء من دخول أحد المشترين معهم في حين لايتضررون من دخول الآخر(١).

الشرط الثالث :

أن يكون البيع صادرا لأجنبى :

يشترط أن يكون البيع صادرا لأجنبى ، فإذا كان المشترى هو أحد الشركاء ، فلا يجوز الاسترداد ، لأن البيع حينئذ لن يؤدى إلى دخول أجنبى بين الشركاء ، وبذلك تنتفى الحكمة من الاسترداد .

الشرط الرابع :

أن يكون البيع قد تم بطريق الممارسة :

يشترط أن يكون البيع قد تم بطريق الممارسة . فإذا كان البيع قد تم بطريق المزاد ورسا المزاد على أجنبى فلا يجوز الاسترداد، إذ كانت لدى الشركاء فرصة الدخول في المزاد فلا يمكن الأجنبى

---

(١) السنهورى ص ١١٣٥ هامش (١) – أحمد سلامه ص ٣١٢ .

مـــن رسو المزاد عليه ، فتخلفهم عن ذلك رضاء ضمنى منهم بأن يكون الأجنبى شريكا .

والبيع بالمزاد العلنى الذى يمنع من استعمال حق الاسترداد هو البيع الجبرى والاختيارى على حد سواء .

غـــير أنـــه يشترط أن يكون البيع قد تم وفقا لإجراءات رسمها القانون . وإذا كان المشرع لم ينص صراحة على أن البيع بالمزاد الـــذى يحول دون الاسترداد هو البيع بالمزاد العلنى وفقا لإجراءات رســـمها القـــانون ، في حين أنه نص على ذلك بالنسبة للشفعة (م ٩٣٩/١- (أ) مدنـــى) . إلا أنـــه يجـــب إعمال هذا الحكم بالنسبة للاسترداد، لأن البيع بالمزاد الذى يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون هو الذى تتحقق فيه الضمانات التى تكفل علم الشركاء به كما تكفل جدية المزاد . وعلى ذلك فإذا عرض أحد الشركاء حصته للبيع في مـــزاد بغـــير إجراءات رسمها القانون ، فلا يحول هذا دون سائر الشـــركاء وطلب الاسترداد ، إذ يبرر تقاعس الشريك لا على أساس عـــزوفه عـــن تلـــك الحصة المبيعة بل على أساس عدم اطمئنانه لإجراءات البيع [١].

---

(١) الســـنهورى ص ١١٢٢ - منصور مصطفى منصور ص ١٥٧ - عبد المنعم الصده ص ٢١٤ ومابعدها - أحمد سلامه ص ٣٠٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متىكان الحكم إذ قضى برفض طلب الطاعن استرداد الحصة الشائعة في العقار الذى طلب المطعون عليه بيعه عند عدم إمكان قسمته عينا أقام قضاءه على أن دعوى استرداد الحصة الشائعة المبيعة لا توجه إلا إلى مشترى هذه الحصة متى كان أجنبيا عن الشركاء الأصليين ، ومن ثم لايجوز رفعها على المطعون عليه لأنه من جهة ليس مشتريا ومن جهة أخرى لم يصدر بيع بعد وأنه لايغير من هذا النظر أن يطلب حق الاسترداد أثناء إجراءات البيع بالمزاد لعدم إمكان القسمة عينا لأن الحكمة في تخويل هذا الحق للشركاء هى منع تدخل الأجنبى في الملكية الشائعة وهذه الحكمة تتوفر بطبيعتها في البيع بالمزاد إذ لهم أن يشتركوا فيه ويشتروا الحصة المعروضة للبيع ويمنعوا الأجنبى من التدخل في الشركة، كما أن طلب المطعون عليه قسمة العين المشتركة وبيعها بالمزاد وتحديد ثمن أساسى لهذا البيع لايعتبر عرضا ملزما له ببيع حصته بالثمن الذى حدده إذا طلب منه الشريك الآخر الشراء استنادا إلى أن له أفضلية على الغير باسترداد الحصة الشائعة وذلك لأن هذا الحق لا يكون إلا في حالة البيع التام وهو لم يتم ولأن تحديد ثمن للبيع عند عدم إمكان القسمة عينا إنما هو للمزايدة وليس مؤداه أن يتخلى طالب القسمة عنها وهى حق من حقوقه وليس معناه أن

يجبر على بيع حصته لأحد الشركاء فإن هذا الذى أقيم عليه الحكم لا مخالفة فيه للقانون ولا يشوبه قصور ".

(طعن رقم ٢٠٠ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/١٠/٣٠)

إجــراءات الاســترداد :

٤٧ـ أولاً : الإعــلان بالاسترداد :

يجب علــى المســترد أن يعلن البائع والمشترى برغبته في الاسترداد .

ويتضـــمن الإعلان رغبة المسترد في استرداد الحصة المبيعة ، مع استعداده لدفع الثمن مع ملحقاته لصاحب الحق فيه [١].

وفــيما عدا تحديد ميعاد لإعلان رغبة الشريك في الاسترداد – كما سنرى – لم ينص القانون على وجوب القيام بأى إجراء آخر ، ولذلــك فــلا يلزم المسترد بإيداع الثمن الذى حصل به البيع خزانة المحكمة ، وذلك على خلاف ما هو مقرر في الشفعة (م٢/٩٤٢) ، ولا حتى بعرضه عرضا حقيقيا [٢].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى انه :

" ... فأوجــب على المسترد أن يعلن البائع والمشترى برغبته في الاسترداد ... الخ " [٣].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٣٣١.

(٢) عــبد المنعم الصده ص ٢١٦ – محمد لبيب شنب ص ٣٣١ – توفيق فرج ص ٢٤٦ ومابعدها .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٩٨ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن المـــادة ٤٦٢ مـــن القـــانون المدنى لم توجب على طالب الاسترداد أن يعرض الثمن ، خلافا لما هو مقرر في قانون الشفعة وهذا يفيد أنه لا يجوز رفض طلب الاسترداد بمقولة إن الثمن الذى عرضـــه الطالـــب هو دون الثمن الذى ثبت لدى القضاء أنه الثمن الحقيقى ، إلا إذا أعرض الطالب عن الاسترداد مقابل هذا الثمن بعد أن تـــتاح له فرصـــة العلـــم به . فإذا كان ثمن الحصة المبيعة بقى مخـــتلفا عليه إلى أن حسمت محكمة الاستئناف هذا الخلاف بحكمها مثبـــت فـــيه الثمـــن الحقيقى ، ثم حكمت المحكمة في ذات الوقت برفض طلب الاسترداد لكون الطالب لم يبد استعداده لدفع هذا الثمن ، فإنها تكون قد خالفت القانون " .

(طعن رقم ٦٩ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٤/١٨)

(أنظـــر أيضـــا طعـــن رقم ١١٩١ لسنـــة ٥٣ ق جلســـة ١٩٩٢/٢/١٠ المنشور بالبند التالى)

٤٨ـ شكل الإعـــلان :

لـــم يبين القانون شكل الإعلان بالاسترداد ، ومن ثم فإنه يجوز أن يـــتم بـــأى طـــريقة ، فلا يشترط أن يكون رسميا ، وذلك على خلاف ما هو مقرر في الشفعة حيث نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٤٢ مدنـــى على أن إعلان الرغبة بالشفعة يجب أن يكون رسميا

وإلا كان باطلا فيكفى أن يكون إعلان الاسترداد بخطاب مسجل أو بخطاب عادى أو حتى شفاهة ، ويقع على عاتق من يدعى حصول الإعلان إثباته[١] .

٤٩ـ ميعاد الإعلان :

أوجبت الفقرة الأولى من المادة ٨٣٣ أن يكون إعلان البائع والمشترى بالاسترداد خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به .

ويجب أن يتم الإعلان للبائع والمشترى خلال هذا الميعاد فإذا لم يعلنا خلال هذا الميعاد أو لم يعلن أحدهما خلاله سقط حق المسترد في الاسترداد .

فميعاد الإعلان المذكور يبدأ إما من تاريخ إعلان البائع للشريك بالبيع أو من تاريخ علم الشريك بالبيع .

ولم يحدد القانون ميعادا للإعلان بالبيع بل ترك الأمر ليقظة صاحب الشأن . كما أنه لم يشترط أن يكون الإعلان رسميا ، وذلك على خلاف ما هو مقرر في الشفعة (م ١/٩٤٢ مدنى) فيصح الإعلان بأى طريق ، كالشأن في إعلان الاسترداد ، فيكون بإعلان على يد محضر أو بخطاب مسجل أو بخطاب عادى أو حتى شفاهة. ويقع على من يدعى حصول الإعلان إثباته .

---

(١) السنهورى ص ١١٣٧ وما بعدها – أحمد سلامة ص ٣١٤ .

والإعـــلان الذى يبدأ منه الميعاد ، يجب أن يشتمل على شروط البـــيع ومـــنها مقدار الثمن الذى تم به ، حتى يستطيع الشركاء أن يعملـــوا إرادتهـــم في الصفقة فيستردونها أو يتركونها ، والمقصود بالعلم الذى يبدأ منه سقوط الحق في طلب استرداد الحصة هو العلم الحقـــيقى بشـــروط البـــيع شاملة الثمن المدفوع دون العلم الظنى . ويجـــوز إثبات هذا العلم بكافة طرق الإثبات القانونية لأنه يرد على واقعة مادية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الـــنص في الفقرة الأولى من المادة ٨٣٣ من القانون المدنى على أن " للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يســـترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى بطـــريق الممارسة ، وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو مـــن تاريخ إعلانه به ، ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من الـــبائع والمشـــترى ويحل المسترد محل المشترى في جميع حقوقه والتزاماته إذا هوعوضه عن كل ما أنفقه" وفى المذكرة الإيضاحية للمشـــروع التمهيدى على أن " قصر المشروع حق استرداد الحصة الشـــائعة على المنقول دون العقار ، وجعل الشفعة في العقار مغنية عـــن هذا الحق .... فإذا أعلن المسترد رغبته في الاسترداد واتفق الجميع حل المسترد محل المشترى في جميع حقوقه والتزاماته كما

فـــي الشفعة ، وعوض المسترد المشترى كل ما أنفقه ... ولم يلزم المشروع المسترد أن يعرض الثمن عرضا حقيقيا فيكفى إذن إظهار الرغـبة في الاسترداد وفى الاستعداد لدفع الثمن وبقية النفقات" يدل علـــى أنـــه يتعين أن يشتمل الإعلان الذى يوجه من الشريك البائع لحصــة شائعة في المنقول أو في مجموع من المال أو ممن اشترى مـــنه إلـــى باقى شروط البيع ومنها مقدار الثمن الذى تم به ، حتى يســتطيع هـؤلاء أن يعملــوا إرادتهــم في الصفقة فيستردونها أو يتركونها ، وأن المقصود بالعلم الذى يبدأ منه سقوط الحق في طلب استرداد الحصة المبيعة هو العلم الحقيقى بشروط البيع شاملة الثمن المدفوع دون العلم الظنى " .

(طعن رقم ١١٩١ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٩٢/٢/١٠)

وعبارة " من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به " ، تفيد أن العـــبرة فـــي بدء الميعاد بأى الأمرين أسبق ، فإذا كان الإعلان ســـابقا علـــى العلم بدأ الميعاد من تاريخ الإعلان ، وإذا كان العلم سابقا على الإعلان بدأ الميعاد من تاريخ العلم .

ويجـــب أن يـــتم الإعـــلان إلى الشريك البائع والمشترى خلال المـــيعاد ســـالف الذكر وفقا للقواعد المقررة في قانون المرافعات ، ولاعبرة بتسليم ورقة الإعلان لقلم المحضرين .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن قـــانون الشفعة إذ نص في المادة ١٤ على أنه " يجب على مـــن يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشترى طلبه لها كتابة علـــى يـــد محضر ويكون هذا الإعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاتـــه الواجـــب دفعها قانونا ، وإذ نص في المادة ١٩ على أن حـــق الشفعة يسقط إذا لم يظهر الشفيع رغبة في الأخذ بالشفعة في ظـــرف خمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع - إذ نص على هذا وذاك فقد دل على أنه يجب على طالب الشفعة أن يعلن رغبته إلى البائع والمشترى بورقة على يد محضر في ميعاد خمسة عشر يوما يبدأ من تاريخ العلم بالبيع وإلا سقط حقه في الشفعة ، كما دل على أن العـــبرة في انتهاء الميعاد هى بحصول الإعلان فعلا إلى البائع والمشـــترى لا بتســـليم ورقة الإعلان لقلم المحضرين ، لأن نص المادة ١٤ صريح في وجوب الإعلان ، والإعلان لا يكون بالتسليم لقلـــم المحضـــرين وإنمـــا يكـــون بالطـــرق المقررة له في قانون المـــرافعات . يؤكـــد هـــذا النظر ما جاء في آخر الفقرة الثانية من المادة ١٩ من أنه " يزاد على هذه المدة (أى مدة الخمسة عشر يوما" عـــند الاقتضـــاء ميعاد المسافة " ، مما يقطع بأن المقصود بإظهار الرغبة هو الإعلان أى بتسليم الورقة للمعلن إليه أو في محله على حســـب الأصـــول المرسومة في القانون ، فإنه لو كان يكفى مجرد التســـليم لقلـــم المحضـــرين لما كان هناك محل للنص على ميعاد

المسـافة ، ولكان الشارع بين ما يجب على الشفيع اتباعه بعد هذا التسـليم إذ التسليم بذاته ليس فيه أى إعلان للخصم . وإذن فالحكم الذى يبنى قضاءه على أن العبرة في احتساب مدة إظهار الرغبة في الشفعة هى بحصول الإعلان إلى البائع والمشترى لا بتقديم الورقة إلى قلم المحضرين يكون قد أصاب في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٣٦ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٤/١٢ - ذات المبدأ طعن رقم ٥٨ لسنة ١٤ ق ذات الجلسة)

٥٠ ـ الاتفاق على الاسترداد :

إذا أسـفر إعـلان المسترد البائع والمشترى باسترداد الحصة المبـيعة عن موافقتهما على الاسترداد ، فإن الاسترداد يكون قد تم باتفـاق الطرفيـن ويحل المسترد محل المشترى في جميع حقوقه والتزاماته- كما سنرى - ويعوض المسترد المشترى كل ما أنفقه ، مـع مراعاة التسجيل لنقل ملكية العقار إذا كانت الحصة شائعة في مجمـوع مـن المال يشمل على عقارات . ومن ثم فلا يضحى ثمة محل لرفع دعوى في هذه الحالة .

٥١ ـ ثانيا : رفع دعوى الاسترداد :

إذا لـم يـتم اسـترداد الحصـة المبيعة بالتراضى بعد إعلان الاسترداد . تعين على المسترد رفع دعوى الاسترداد أمام المحكمة المختصـة . وترفع الدعوى ضد الشريك البائع والمشترى في كافة

مـــراحل التقاضى . ويترتب على عدم إعلان أحدهما بالدعوى عدم قـــبولها بالنســـبة للثانى الذى تم إعلانه(١) . فهى دعوى غير قابله للـــتجزئة ، لأن الاســـترداد عندما يتم فهو يتم فى مواجهة كل من الـــبائع والمشترى إذ يترتب عليه حلول المسترد محل المشترى في علاقته بالبائع (٢). وتقضى المحكمة بعدم القبول من تلقاء نفسها .

---

(١) أحمد سلامه ص ٣١٥ .

(٢) يـــرى الدكتور السنهورى أنه لا حاجة إلى تنظيم دعوى بالاسترداد كما نظمـــت دعوى الشفعة ، وذلك على أساس أن الاسترداد يكون قد تم فعلا بمجـــرد إعلانـــه لكل من البائع والمشترى على الوجه السالف . فبتمام الإعـــلان يصـــبح المســـترد مالكا للحصة الشائعة المبيعة ومدينا بالثمن وملحقاته مع مراعاة وجوب التسجيل لنقل ملكية العقار إذا كانت الحصة شـــائعة فـــي مجموع من المال يشمل على عقارات فإذا امتنع من يحوز الحصة الشائعة – البائع أو المشترى – من تسليمها إلى المشترى ، كان لهـــذا أن يرفع دعوى يطالب فيها بثبوت الاسترداد والتسليم . وإذا امتنع المســـترد عـــن دفع الثمن والملحقات ، كان لصاحب الشأن – البائع أو المشترى– أن يرفع دعوى يطالب فيها المسترد بالدفع ، وهذا هو السبب– فـــي رأيـــه – في أن المشرع لم يعن بتنظيم الدعوى القضائية التى تلى الإعلان بالاسترداد إن كان لها مقتض ، كما نظم دعوى الشفعة ، إذ ترك الدعوى القضائية في الاسترداد خاضعة للقواعد العامة ، بعد أن قرر أن الاسترداد يتم بالإعلان الذى يوجهه المسترد إلى كل من البائع والمشترى. (من هذا الرأى أيضا محمود جمال الدين زكى ص ١٣٨)

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن القــانون لــم يأت بقواعد خاصة لرفع الدعوى بطلب اســترداد الحصة المبيعة ، فيتعين أن تطبق في هذا الصدد القواعد العامــة ، ولكــن لمــا كــان هذا الاسترداد نوعا من الشفعة كانت الدعوى بهخاضعة لما تقتضيه هذه النوعية من القواعد الموضوعية لدعــوى الشــفعة . أما ما جاء به قانون الشفعة من أحكام خاصة بدعوى الشفعة غير متصلة بهذه النوعية فإنه - إذ كان واردا على خــلاف أحكام القانون العام ومن ثم لايصح القياس عليه - لايطبق علــى دعوى الاسترداد وإذ كان الاسترداد ، كما في الشفعة ، يحل المســترد بالنسبة إلى البائع محل المشترى في جميع ما كان له من الحقوق وما عليه من الواجبات ، ويعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة من الــبائع للمشــترى ، فإنه يكون من اللازم إدخال البائع في دعوى الاســترداد ، كما يلزم في دعوى الشفعة أما الحكم الخاص بوجوب إعلان المشترى والبائع في الميعاد المعين لاستئناف دعوى الشفعة فــلا يسرى لأنه حكم استثنائى بل الذى يسرى هنا هو حكم القانون العام " .

(طعن رقم ١٣١ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/١٢/٢٧)

٢- " لئن كان الأصل فىدعوى استرداد الحصة المبيعة لأجنبى على الشيوع أنها غير قابلة للتجزئة ولابد لقبولها من اختصام البائع

والمشـــترى والمســـترد أو ورثة من يتوفى منهم فى جميع مراحلها ســـواء فى أول درجة أو فى الاستئناف أو فى النقض وسواء أكان رافع الدعوى أو الطاعن فى الحكم هو البائع أو المشترى أو المسترد بحيـــث إذا رفعها أيهم في أية مرحلة من مراحلها تلك ولم يخاصم أحد صاحبيه قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها إلا أنه إزاء عدم استساغة تنافر المواقف بين المحكوم عليهم في موضوع غـــير قـــابل للتجزئة لايحمل بطبيعته سوى حل واحد يسرى عليهم جميعا فقد أوجب المشرع في المادة ٢١٨ من قانون المرافعات على المحكمة المنظور أمامها الطعن أن تأمر الطاعن باختصام المحكوم عليـــه الذى لم يطعن مع زملائه فى الحكم الصادر ضدهم وإذ بادر الطاعـــنان – وقـــد انفردوا دون باقى المحكوم عليهم "ورثة البائع" بالطعـــن على الحكم الاستئنافى – إلى ذلك من تلقاء نفسيهما فإنهما يكونـــا قـــد حققـــا مراد القانون كاملا مما يستقيم معه شكل الطعن وتكتمل معه موجبات قبوله ".

(طعن رقم ٩٧٦ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٩/١/٣٠)

٥٢ ـ ميعاد رفع الدعوى :

ذهب رأى في الفقه إلى أن المشرع لم يحدد ميعادا لرفع دعوى الاســـترداد ، ومن ثم يكون للمسترد إذا أعلن رغبته في الاسترداد فـــي المـــيعاد المحدد دون أن يتم الاتفاق على الاسترداد بينه وبين

البائع والمشترى أن يرفع دعوى الاسترداد في أى وقت يشاء إلى أن تقع القسمة [(١)]، أو تسقط الدعوى بالتقادم .

ويستند هذا الرأى إلى أن الفقرة الأولى من المادة ٨٣٣ تنص على أن : " للشريك .... أن يسترد خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به . ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشترى " ، وأنه واضح من عبارة النص أن الشارع لم يفرض على المسترد أن يرفع الدعوى خلال مدة معينة ، وذلك على خلاف ما فعل بالنسبة إلى الشفعة (م ٩٤٣ مدنى) . فمدة الثلاثين يوما هى ميعاد لإعلان الرغبة في الاسترداد ، وليست ميعادا لرفع الدعوى .

بينما ذهب رأى آخر إلى أن الأخذ بالرأى السابق يفوت على الشارع غرضه من اشتراط إعلان الرغبة في ميعاد معين . والمذكرة الإيضاحية صريحة في أن الشارع قيد حق الاسترداد بميعاد قصير " حتى لايظل مصير التصرف معلقا مدة طويلة " ، ومن ثم فإنه يجب رفع دعوى الاسترداد خلال ثلاثين يوما من تاريخ علم الشريك بالبيع أو من تاريخ إعلانه به [(٢)].

---

(١) منصور مصطفى منصور ص١٥٨ – عبد المنعم البدراوى ص ١٧٤ – نبيل سعد ص ١٣٠ – محمد لبيب شنب ص ٣٣١ – محمود جمال الدين زكى ص ١٣٨ – إسماعيل غانم ص ١٦١ .

(٢) السنهورى ص ١١٣٧ – عبد المنعم الصده ص ٢١٦ .

وقــد أخــذت محكمة النقض بالرأى الأخير في حكمها الصادر بتاريخ١٦/٢/١٩٥٦ في الطعن رقم ٦٥ لسنة ٢٢ق إذ ذهبت فيه إلى أن :

" وحيث إن مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه أنه أخطأ فــى تطبــيق القانون إذ قضى برفض الدفع المقدم منه بسقوط حق المطعــون عليهم الثلاثة الأولين في استرداد الحصة المبيعة لمضى أكثر من ثلاثين يوما على تاريخ علمهم بالبيع قبل رفع الدعوى ذلك أن المــادة ٨٣٣ من القانون المدنى الجديد توجب أن يكون طلب الاســترداد خلال ثلاثين يوما من تاريخ علم الشريك بالبيع ، أو من تــاريخ إعلانــه به وقد أصبح هذا القانون نافذا من ١٥ من أكتوبر ســنة ١٩٤٩ ولم ترفع الدعوى إلا في ١٢ من فبراير سنة ١٩٥٠ إلا أن الحكم لم يعمل مقتضى هذه المادة بمقولة إن القانون الواجب التطبيق هو القانون المدنى القديم الذى نشأ الحق في ظله من تاريخ صــدور عقد البيع للطاعن في ١٩ من فبراير سنة ١٩٤٢ هذا إلى أنه بفرض أن القانون المدنى القديم هو الذى يجب إعماله فإن الحكم المطعون فيه قد أساء تأويل المادة ٤٦٢ منه وأخطأ في تطبيقها ذلك أن هذه المادة لا تجيز الاسترداد إلا إذا كان المبيع حصة شائعة في مجمــوع الــتركة أو الشــركة شــاملا لهــا وما عليها من حقوق والتزامات لاحصة شائعة في عين معينة من مجموع المال المشترك كما هو الحال فى الدعوى .

وحيـــث إن المطعــون علــيهم الثلاثة الأولين دفعوا بعدم قبول السبب الأول لأنه مؤسس على قضاء الحكم الابتدائى برفض الدفع بســقوط حق الاسترداد ولم يتمسك الطاعن بهذا الدفع أمام المحكمة الاستئنافية ولم تفصل هى فيه .

وحيــث إن هذا الدفع مردود بأن استئناف الطاعن لحكم محكمة الدرجة الأولى بما تضمنه من قضاء فى الدفع وفى الموضوع ينقل الدعوى بحالتها إلى المحكمة الاستئنافية طبقاً للمادة ٤٠٩ من قانون المـــرافعات وأن من واجب تلك المحكمة أن تنظر الاستئناف على أســـاس ما يقدم لها من أدلة ودفوع وأوجه دفاع جديدة وما كان قد قدم من ذلك إلى محكمة الدرجة الأولى عملا بالمادة ٤١٠ مرافعات فمـــتى كان الطاعن لم يتنازل عن الدفع المقدم منه بسقوط الحق في الاســـترداد فإنه يعتبر مطروحا أمام المحكمة الاستئنافية ولازم هذا أنـــه يجب على المطعون عليهم إثبات تنازل الطاعن عن هذا الدفع أمـــام محكمة ثانى درجة ولايجب على الطاعن إثبات تمسكه أمامها بهذا الدفع على أنه يبين من الحكم المطعون فيه أنه وإن لم يشر إلى هذا الدفع صراحة فإنه قد رد عليه فعلا في أسبابه مما يدل على أنه كـــان معروضـــا عليها فقد ورد به " ... فإنه مع التسليم بأن المادة ٤٦٢كانـــت معطلة عندما أصدرت المحكمة الجزئية حكمها بتاريخ ١٢ مـــن يونية سنة ١٩٥٠ بسبب إلغاء القانون المدنى السابق فإنها

لـــم تكن كذلك في يوم ١٩ من فبراير سنة ١٩٤٢ حين تحرير عقد البـــيع الذى تولد عنه حق الاسترداد بل كانت سارية المفعول وهى التى تحكم عقد البيع سالف الذكر لأنه صدر في ظلها ....." .

ويجـــب إعـــلان صحيفة الدعوى خلال ميعاد الثلاثين يوما إلى الشريك البائع والمشترى ، ولا يكفى تقديمها إلى قلم المحضرين في هذا الميعاد ، كما لا يكفى إعلان أحدهما فقط خلال الميعاد .

فإذا لم تعلن الصحيفة إلى البائع والمشترى أو إلى أحدهما فقط فـــي المـــيعاد ، كانـــت الدعوى غير مقبولة وتقضى المحكمة بعدم قبولها من تلقاء نفسها [١].

(راجع فى الإعلان بالبيع والعلم بالبيع بند ٤٨).

٥٣ - إتمـام الاســترداد بالتراضــى دون إعــلان الرغـبة في الاسترداد :

إعلان الرغبة فى الاسترداد فى الميعاد ضرورى لقيام الحق فيه ، ولو تم الاسترداد بالتراضى بين المسترد والمتبايعين . فإذا لم يعلن المســـترد رغبته في الميعاد ، وتراضى الجميع – مع ذلك – على نـــزول المشـــترى عـــن الحصة المبيعة إلى الشريك ، لم يكن هذا استعمالا لحق الاسترداد ، بل كان تقايلا من البيع الأول وإبرام بيع جديـــد بين الشريكين . ولما كان التقايل لايمس حقوق الغير . فإن

---

(١) السنهورى ص ١١٤١ هامش (١) .

الحصـــة الشائعة تعود إلى البائع مثقلة بما يكون المشترى قد رتبه عليها من حقوق وتنتقل بها إلى الشريك الآخر [١].

٥٤ـ آثـار الاسترداد :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٨٣٣ مدنى في عجزها على أن : " ويحــل المسترد محل المشترى في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه " .

وجـــاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن هذا النص : " فإذا أعلن المســترد رغبــته فـــي الاسترداد واتفق الجميع حل المسترد محل المشـــترى فـــي جميع حقوقه والتزاماته كما في الشفعة " [٢]. فليس الاســترداد إعادة بيع من المشترى إلى المسترد ، وإنما هو إحلال المســترد محــل المشـــترى في الصفقة التى عقدها هذا الأخير مع الشـــريك الـــبائع . فهو حلول شخصى بموجبه أخذ المسترد مكان المشـــترى وأصـــبح هو المشترى مباشرة من البائع ، وأصبحت له جمـــيع حقوق المشترى وعليه جميع التزاماته ، وذلك لا من وقت الاســترداد فحسب ، بل ينسحب هذا الحلول بأثر رجعى إلى وقت البـــيع الصادر من الشريك البائع إلى المشترى . فيكون للاسترداد أثـــر رجعـــى ، ويعتـــبر بيع الحصة الشائعة كأنه صدر ابتداء إلى

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٣٧ – إسماعيل غانم ص ١٦٠.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٩٨ .

المسترد ، ويختفى شخص المشترى ، ولايبقى إلا البائع والمسترد[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن دعوى استرداد الحصة المبيعة لأجنبى على الشيوع هى دعوى بتحويل الحقوق والالتزامات فيما بين البائع والمشترى إلى ما بين البائع والمسترد ، فتزول صلة البائع بالمشترى وتحل محلها صلة البائع بالمسترد ، ويعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة إلى المسترد".

(طعن رقم ٤٩ لسنة ٤١ ق جلسة ١٨/١٢/١٩٥٢)

وهذا الحلول معلق على شرط واقف هو دفع المسترد الثمن وملحقاته ، وعلى هذا نص عجز الفقرة الأولى من المادة ٨٣٣ بقوله : " إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه ".

ويترتب على ما تقدم النتائج الآتية :

١- أن المسترد يلتزم في مواجهة البائع بالالتزامات التى كان يلتزم بها المشترى السابق ، وبنفس حدود ما كان يلتزم به .

فإذا كان المشترى لم يوف الثمن إلى البائع ، التزم المسترد بالوفاء به إلى البائع .

---

(١) السنهورى ص ١١٤٢ - نبيل سعد ص ١٣١ .

والثمـــن الذى يلتزم به المسترد هو الثمن الحقيقى ، فإذا ادعى صـــورية الثمـــن المذكور في العقد كان له أن يثبت هذه الصورية بجميع طرق الاثبات طبقا للقواعد العامة .

ويجـــوز لـــه إثبات الثمن الحقيقى بتوجيه اليمين إلى المشترى ، ولكـــن لايجـــوز توجـــيه اليمين إلى البائع ، لأنه ليس طـــرفا في الدعوى [١].

وإذا كان البائع قد منح المشترى أجلا لدفع الثمن ، أو اتفق معه على السداد مقسطا ، فإنه يحق للمسترد الانتفاع بالأجل أو التقسيط حســـب الأحـــوال وذلك على خلاف ما هو مقرر في الشفعة حيث لايحـــق للشفيع أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشترى إلا برضاء البائع (م ٢/٩٤٥ مدنى) [٢].

غـــير أنه يجوز للبائع إذا رغب المسترد في الإفادة من تأجيل الثمن أو تقسيطه أن يطلب من هذا الأخير تقديم تأمين كاف [٣].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٩٥.

(٢) عبد المنعم الصده ص ٢١٧- عرفه ص ٤٢١- أحمد سلامه ص ٣١٩.

(٣) السنهورى ص ١١٤٥ ومابعدها - وقارن محمود جمال الدين زكى ص ١٤٠ إذ ينتقد إفادة المسترد من الأجل أو التقسيط ، لأن منح الأجل يقوم على الاعتبار الشخصى والثقة بالمدين على الخصوص ، ويتعذر الاعتراف بانتقاله إلى غير من منح له بغير رضاء البائع .

وإذا كان الثمن محددا بشكل مرتب مدى الحياة ، فإن كان البائع قــد مــات وقت استعمال الاسترداد فإن المرتب ينقضى ، ولايدفع المسترد إلا مجموع المرتبات التى دفعها المشترى بالفعل . أما إذا كــان لايــزال حيا فإنه يجب عليه أن يرد المبالغ التى دفعت وأن يلــتزم بدفع المرتبات اللاحقة بحيث لا يكون المشترى مهددا بأى رجوع لاحق . وليس له أن يطلب دفع رأس المال ، كما أنه لايمكن إلزامه بذلك (١).

أمــا إذا كــان المشترى قد أوفى بالثمن للبائع ، فإنه يجب على المسترد أن يدفع للمشترى الثمن الذى أوفى به . بالتفصيل السابق- وفوائــده من يوم الوفاء . كما يجب عليه أن يدفع للمشترى كل ما تحمله من نفقات كأجرة السمسرة ورسوم التسجيل وما أسهم به من نفقات في حفظ الأموال الشائعة وإدارتها .

ويكــون للمســترد الحق في الثمار التى أنتجها الشىء في المدة مابين إبرام البيع وتمام الاسترداد .

ولايجــوز للمسترد أن يمتنع عن دفع الثمن للمشترى بحجة أنه مهــدد باســتحقاق المبــيع ، إذ أن اســتحقاق المبيع يضمنه البائع للمسترد- كما سنرى- فلا يقبل من المسترد أن يتخذ من هذا السبب ذريعة لتعطيل حق المشترى في استرداد ما دفعه (٢).

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٩٥ .

(١) محمد على عرفه ص ٤٢١ .

وللمشـــترى أن يحبس المبيع حتى يستوفى كل ما أنفقه من ثمن ومصـــروفات وذلـــك طبقا للمادة ٢٤٦ مدنى التى تنص على أن : "لكـــل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام يترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به".

٢- ســقوط كل تصرف يكون المشترى قد أجراه على الحصة المبيعة . ذلك أن المسترد لايعتبر خلفا للمشترى ، بل خلفا للبائع ، لأنه تلقى بمقتضى الاسترداد الحصة الشائعة مباشرة منه ثم لايحتج عليه بالحقوق التى يكون المشترى قد رتبها على الحصة المبيعة إذ تــؤول إليه خالصة منها . وبالتالى فإن أى تصرف يكون قد أجراه المشترى على الحصة المبيعة يعتبر قد صدر من غير مالك ويسقط بالـــتالى ولايحـــتج بـــه على المسترد . فإذا كان المشترى قد رهن الحصة الشائعة قبل الاسترداد أو رتب عليها حق انتفاع فإنها تعود إلى المسترد خالصة منهما [1].

ولا يـــرد علـــى هذا النتيجة من قيد سوى القيد الخاص بحماية المتصـــرف إلـــيه حسن النية. فإذا كان المشترى قد تصرف إلى شـــخص حســـن النـــية فإن الحق الذى يتلقاه هذا الشخص ينفذ في مواجهـــة المسترد . وتطبيقا لقانون الشهر العقارى فإنه متى سجلت صـــحيفة دعـــوى الاسترداد في حالة استرداد الحصة الشائعة في

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٤٠ - أحمد سلامه ص ٣٢٠.

مجمـوع مـن المال به عقار ، فإن أى حق يتلقاه الغير بعد تسجيل الصـحيفة لا يحـتج به على المسترد . إذ أن هذا الغير يعتبر من تاريخ هذا التسجيل سيء النية [١].

٣- يلتزم البائع ينتقل ملكية الحصة الشائعة المبيعة إلى المسترد فتنـتقل هـذه الملكـية مباشـرة إلى المسترد . وتنتقل الملكية إلى المسترد من وقت إبرام عقد البيع لا من وقت الاسترداد في الحصة الشائعة فى المنقول المعين بالذات . أما إذا كان المبيع حصة شائعة فـي مجموع من المال يشتمل على عقار فلا بد لانتقال الملكية في هـذا العقار من التسجيل ، فإن كان المشترى قد سبق له أن سجل عقـد البـيع ، فـيكفى أن يؤشر المسترد على هامش هذا التسجيل بالاسـترداد . أمـا إذا كـان المشترى لم يسبق له التسجيل فعلى المسترد أن يقوم بتسجيل الاسترداد حتى تنتقل إليه الملكية [٢].

(أنظر أيضا البند التالى) .

٤- إذ اسـتحقت الحصة الشائعة أو ظهر بها عيب خفى رجع المسترد بالضمان على البائع لا على المشترى ، فلا يلزم المشترى بأى ضمان نحو المسترد ، لأن المسترد يعتبر كأنه اشترى مباشرة من البائع ، ومن ثم فإن البائع هو الذى يلتزم بضمان الاستحقاق[٣].

---

(١) أحمد سلامه ص ٣٢٠ .

(٢) السنهورى ص ١١٤٦.

(٣) السـنهورى ص ١١٤٤ – عبد المنعم الصده ص ٢١٧ – محمود جمال الدين زكى ص ١٤٠.

٥- تعود الحقوق التى انقضت باتحاد الذمة بسبب انتقال الحصة المبـيعة ، لأن البيع الذى كان سببا فى اتحاد الذمة قد سقط مستندا إلى الماضى .

٦- بما أن المسترد يعتبر خلفا للبائع مباشرة ، فحيازة المشترى السابقة تمحى .

٧- يستفيد المسترد من كل المزايا التى كانت الأموال المشتراه محـلا لهـا فـي المـدة مـن وقت البيع لوقت الاسترداد . وعلى الخصوص المزايا الناتجة من انقضاء المرتب مدى الحياة .

٨- بما أن الاسترداد ليس بيعا فلا يكون للمسترد امتياز البائع، ولكـن يكـون له امتـياز المتقاسم إذا ترتب على الاسترداد إنهاء الشيوع [1].

٥٥ ـ تسجيل المبيع إذا كان فى مجموع من المال به عقار :

إذا كـان المبـيع حصـة فـي مجموع من المال ، وكان هذا المجموع يشتمل على عقار ، فإنه يجب تسجيل الاتفاق الذى يتم به الاسترداد أو الحكم الذى يصدر بالاسترداد ، وذلك لكى تنتقل ملكية الحصة الشائعة في العقار من البائع إلى المسترد [2]. قياسا على ما

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٠٠ .

(٢) السـنهورى ص ١١٤٦ – محمد على عرفه ص ٤٢٢- إسماعيل غانم ص ١٦٣ – محمود جمال الدين زكى ص ١٤٠ ومابعدها – وعكس ذلك محمـد كـامل مرسـى ص ٤٠١ ، فيذهب إلى أنه لايلزم تسجيل طلب

هـو مقـرر بالنسـبة إلى حكم الشفعة (م ٩٤٤ مدنى) وذلك لأن الاسـترداد نوع من الشفعة وكونه كذلك يستلزم أن يطبق عليه من القواعـد الموضوعية للشفعة ما تقتضيه هذه النوعية ، مادامت هذه القواعد غير مخالفة لأحكام القانون العام .

وإذ كـان في الاسترداد ، كما في الشفعة يحل المسترد بالنسبة إلـى البائع محل المشترى في جميع ما كان له من الحقوق أو عليه من الالتزامات ، وقد أوجب المشرع تسجيل حكم الشفعة رغم ذلك فإنه يكون من اللازم تسجيل حكم الاسترداد ، كما هو لازم في حكم الشفعة لاتحاد العلة في الحالتين .

ويترتـب علـى وجـوب التسجيل أنه لايجوز الاحتجاج بالأثر الـرجعى للاسترداد على الغير الذى تلقى من المشترى بحسن نية حقـا عينيا على الحصة الشائعة في العقار قبل هذا التسجيل . وإذا سـجلت صـحيفة دعوى الاسترداد فإن الحكم الصادر بالاسترداد يكـون حجـة علـى من ترتبت له حقوق عينية من المشترى بعد تسجيل صحيفة الدعوى، سواء كان الغير حسن النية أو سيء النية ، ولا يكـون حجـة علـى الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل هذا التسجيل (م ١٥- ١٧ من قانون الشهر العقارى) [1] .

الاسـترداد . ولا الحكم الصادر فيه لأن السندات التى يجب تسجيلها هى التى تشتمل بذاتها على تصرف .

(١) عبد المنعم الصده ص ٢١٨ – السنهورى ص ١١٤٦ هامش (٣) .

انقضاء الشيوع بالقسمة :

مادة (٨٣٤)

لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق ، ولايجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين ، فإذا كان الأجل لايجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفى حق من يخلفه .

الشرح

٥٦ـ المقصود بقسمة المال الشائع :

قسمة المال الشائع هى إجراء يختص بموجبه كل شريك في المال الشائع بجزء مفرز من المال الشائع يتناسب مع حصته الشائعة في هذا المال **وقد عرفتها محكمة النقض في حكم لها صادر بتاريخ ١٩٨٥/٢/٧ فى الطعن رقم ١٠٤ لسنة ٥٢ ق بقولها : "قسمة المال الشائع تتم بتعيين جزء مفرز من هذا المال لكل شريك لينفرد بملكيته دون باقى الشركاء "(١).**

---

(١) وقد استطرد الحكم بأن : " والتسليم الفعلى للمبيع في البيع على الشيوع وعلى ما جرى به نص المادة ٢٣٥ من القانون المدنى يتم بمجرد وضع القدر المباع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به خلفا للبائع في حقوقه وهو ما لا تنتهى به حالة الشيوع ولايعتبر قسمة للمال الشائع " .

والقسمة بهذا المعنى يطلق عليها (القسمة النهائية)، وهو المعنى الذى يقصد من لفظ القسمة إذا أطلق ، فهى ترد على الملكية وينتهى بها الشيوع .

وهناك نوع آخر من القسمة يطلق عليه (قسمة المهايأة) ، وهى عبارة عن تقسيم لمنافع الشىء الشائع بين الشركاء فهى قسمة انتفاع لا قسـمة ملكية ، ومن ثم لاينتهى بها الشيوع ، وإنما تكون عملية مؤقتة تكفل تنظيم الانتفاع بالمال الشائع .

وسنعرض لذلك تفصيلا في موضعه من الكتاب .

٥٧ ـ من يحق له طلب القسمة ؟

تنص المادة ٨٣٤ مدنى على أن : " لكل شريك أن يطالب بقسمة المـال الشـائع ، ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق ، ولايجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين ، فإذا كان الأجل لايجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفى حق من يخلفه " .

ويتضـح مـن هذا النص أن من حق كل شريك في الشيوع أيا كان مقدار نصيبه في المال الشائع أن يطلب قسمة المالك الشائع في أى وقت مادام الشيوع قائما .

والشـريك في الشيوع هو المالك لنصيب في المال الشائع. فإذا لم تكن الملكية قد استقرت لأحد الشركاء في المال الشائع فلا يجوز له طلب القسمة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كـــان مـــن المقرر أن عقد القسمة ينعقد بين الشركاء في ملكـــية المال الشائع ومحله المال المملوك ملكية شائعة بين الجميع وهـــو من العقود التبادلية التى تتقابل فيها الحقوق ، وكان المطعون علـــيهما الأول والثانى لايملكان في مال مورث الطاعنين- الثلاثة أفدنه التى اشتراها من المطعون عليه الأخير- شيئا فإن اقتسام هذا القدر لاتتوافر فيه شرائطه المقررة في القانون لعقد القسمة ".

(طعن رقم ١٧١٤ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٠/٦/١٠)

وبالترتيـــب علـــى ذلـــك لايجوز للأشخاص الآتى ذكرهم طلب القسمة :

١- المشـــترى لحصـــة شائعة بمقتضى عقد بيع عرفى ، لأن الملكية فى المواد العقارية لاتنتقل - سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير- إلا بالتسجيل .

فإذا لجأ المشترى بموجب عقد بيع عرفى إلى القسمة القضائية بـــرفع دعـــواه أمـــام المحكمة الجزئية المختصة كانت دعواه غير مقبولة لرفعها قبل الأوان .

وقد قضت محكمة دمنهور الابتدائية بتاريخ ١٩٨٩/٦/١٢ في الدعوى رقم ٤٨٤١ لسنة ١٩٨٨ مدنى بأن :

"ولمـــا كان ذلك وكان المدعى يطلب القضاء بصحة ونفاذ عقد القسمة المبرم بينه وبين المدعى عليهم وكانت المدعى عليها التاسعة تطلب وقف الدعوى استنادا إلى أنها اشترت جزءامن أطيان المدعى

محل عقد القسمة على الشيوع وكان هذا العقد ابتدائيا لم يسجل ومن ثــم فــإن ملكــية العقار حتى مع تمام الشراء تظل باقية على ملك المدعــى- الــبائع لها - ويكون هو الخصم في دعوى القسمة دون المشترية منه ولايحق لها المنازعة في إجراء القسمة بين البائع لها وشركائه فى العقار استنادا إلى عقد البيع الابتدائى الصادر لها منه . ومــن ثــم يكون طلبها وقف دعوى القسمة حتى يفصل في دعوى صحة التعاقد في غير محله ودون سند من القانون متعين الرفض".

غير أنه يجوز للمشترى بعقد عرفى باعتباره دائنا للبائع استعمال حــق مديــنه وطلب القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة طبقا لنص المادة ٢٣٥ مدنى إذا توافرت شروطها .

٢- المشــترى بعقد بيع عرفى صدر له حكم بصحة ونفاذ عقده دون أن يسجل هذا الحكم .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" أوجبت المادة الأولى من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ تسجيل جميع العقود التى من شأنها إنشاء حق ملكية أو أى حق عينى آخر أو نقلــه أو تغييره ، ومؤدى ذلك أن حق الملكية لاينتقل من البائع إلــى المشــترى إلا بالتسجيل وإلى أن يتم هذا التسجيل يبقى البائع مالكــا للعقار ويكون بالتالى هو الخصم في كل دعوى تتعلق بعين العقــار ، ولمــا كان الخصم في دعوى القسمة هو الشريك المالك عمــلا بالمادة ٤٥٢ مدنى قديم التى تحكم هذا النزاع ، وكان يبين من الوقائع التى أثبتها الحكم المطعون فيه أن دعوى القسمة رفعت

من الطاعنين على المطعون عليه الثانى الذى كان مالكا العقار والشريك الواجب اختصامه ، وكان مجرد شراء المطعون عليه الأول لحصة المطعون عليه الثانى الإرثية في هذا العقار وقيامه بتسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لايترتب عليه نقل الملكية إذا الملكية لاتنتقل إليه إلا بتسجيل الحكم الصادر في الدعوى ، فإن الحكم المطعون فيه إذا خالف هذا النظر يكون قد أخطأ في القانون بما يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٢٨٣ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦٠/٤/٢١)

غير أنه يجوز له استعمال حق مدينه في طلب القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة .

٣- المستأجر لجزء من المال الشائع .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان المستأجر قد استأجر نصيبا مفرزا في الأرض بما عليه من المبانى فلا صفة له في التمسك بأن القسمة بين الشركاء إنما وردت على الأرض دون البناء " .

(طعن رقم ٩٦ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١١/٣)

٢- " ليس للمستأجر أن يجادل المؤجر في سند ملكيته وعما إذا كان له الحق في القسمة التى أجراها أو أن هذه القسمة قد شابها بطلان أو مخالفة القانون ".

(طعن رقم ٩٦ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١١/٣)

وليس لطلب القسمة أجل معين ، فيمكن طلب القسمة مهما كانت مــدة بقاء الشريك ، فلا يسقط حق طلب القسمة بعدم الاستعمال أى بالــتقادم المسقط لأن الشيوع حالة متجددة وهو ما يؤدى إلى تجدد الحــق فــي طلب القسمة باستمرار طوال مدة بقاء الشيوع [1]. كل ذلــك مــا لم يوجد اتفاق بين الشركاء على البقاء في الشيوع خلال المدة التى يحددها القانون .

٥٨ ـ لايجوز للشــريك طلــب القســمة إذا كــان مجبرا على البقاء في الشيوع :

نصت المادة ٨٣٤ مدنى– كما رأينا – على أنه لايجوز للشريك طلــب قســمة المــال الشائع إذا كان مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضــى نص أو اتفاق ، فالبقاء في الشيوع إما أن يكون بموجب نــص فــي القانون أو بموجب اتفاق ونعرض لهاتين الحالتين فيما يأتى :

٥٩ ـ أولاً : البقاء في الشيوع بمقتضى نص في القانون :

قد يكون الشريك في المال الشائع مجبرا على البقاء في الشيوع بموجــب نــص فــى القــانون، سواء فى القانون المدنى أو غيره من التشــريعات وهو ما يطلق عليه الشيوع الإجبارى ، إذا يجب عليه

---

(١) توفــق فــرج ص ٢٤٩ وما بعدها – عبد المنعم البدراوى ص ١٧٨ – محمد على عرفه ص ٤٢٤ – محمد وحيد الدين سوار ص ٣٨٤.

التزام ما يقضى به النص الذى يفرض الشيوع ، فلا يجوز له طلب القسمة .

ومن أمثلة ذلك :

(أ)- الشـــيوع الإجـــبارى مــراعاة للغرض الذى أعد له المال الشـــائع وفقا لنص المادة ٨٥٠ مدنى والتى تجرى على أن: " ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته ، إذا تبين من الغرض الذى أعـــد له المال أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع " . فالعبرة في هـــذا الشـــأن بالغـــرض الذى أعد له المال الشائع ، فإذا كان هذا الغرض يقتضى أن يبقى المال دائما على الشيوع ولايمكن الانتفاع بـــه إلا مع بقائه على هذه الحال كان الشيوع إجباريا . وهذه مسألة موضـــوعية فقاضـــى الموضـــوع هو الذى يقدر ما إذا كان المال الشائع ضروريا للاستعمال المشترك وما إذا كانت القسمة من شأنها أن تعـــوق استعمال هذا المال أو تجعل الانتفاع به على النحو الذى أعد له مستحيلا .

ويمكن أن ترد حالات الشيوع الإجبارى إلى نوعين :

١- الشـــيوع الإجـــبارى أصليا ، بمعنى أن الأشياء الشائعة لا تكـــون تابعة لعقار ، وإنما توجد مستقلة ، فهى توجد مستقلة وتكون مخصصة بطبيعتها لخدمة أو استعمال جماعة من الأفراد على وجه دائم ، كمبانى المدافن العائلية[١] وكصور ووثائق الأسرة .

---

(١) أما أراضى الجبانات فهى من الأموال العامة (م١/١ ق٥ لسنة ١٩٦٦).

(ب)- الشيوع الإجبارى تبعا ، وهو الذى تكون الأشياء الشائعة فـيه تابعة لعقارات يملكها ملاك مختلفون لكل منهم ملكية مفرزة ، وتعتبر من الملحقات الضرورية المخصصة لخدمة هذه العقارات.

وهـذا النوع من الشيوع يفوق فى أهصميته النوع الأول وتتعدد حالاته فى العمل . ومثل ذلك حالة المسقاة المملوكة لعدة ملاك على الشـيوع فـيما بينهم مع تخصيصها لرى الأراضى التى يملكها كل مـنهم ملكية مفرزة . ويتحقق ذلك عملا إذا شق مالك أرض مسقاة خاصـة فـيها ثم يتوفى عن عدة ورثة، فقد يرى الورثة عند قسمة الأرض أن يـبقوا المسقاة شائعة بينهم مع تخصيصها لرى الأجزاء الـتى يختص بها كل منهم . ومثل ذلك أيضا الممر أو الفناء الذى يبقيه الشركاء فى الشيوع بعد اقتسام الأراضى المحيطة به [١].

وقـد خـص الشارع بعض حالات الشيوع التبعى هذه بتنظيم تفصيلى نظرا لأهميتها ومن أمثلة ذلك :

١- حالة الحائط المشترك ، وهو يفصل بين عقارين مملوك كل مـنهما ملكـية مفرزة لأحد الشريكين فى الحائط ، وهو مخصص لخدمة هذين العقارين (المواد من ٨١٤ - ٨١٧ مدنى) .

٢- حالـة ملكية الأسرة ، فقد نصت المادة ١/٨٥٣ مدنى على أنـه ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة ، والاتفـاق علـى إنشاء ملكية الأسرة يكون لمدة لاتزيد على خمس عشرة سنة (م ١/٨٥٢ مدنى) .

---

(١) إسماعيل غانم ص ٢٧٨ .

٣- ما تنص عليه المادة ٤١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال من أنه إذا رفعت دعوى (قسمة) على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة أن توقف القسمة مدة لاتجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضررا جسيما .

٦٠ـ ثانياً : البقاء فى الشيوع بموجب اتفاق :

إن الحق فى طلب القسمة ليس متعلقا - بحسب المبدأ- بالنظام العام ، ومن ثم يجوز الاتفاق على تعطيله تعطيلا مؤقتا ، فيتفق الشركاء فى المال الشائع على البقاء فى الشيوع مدة معينة ، وهذا الاتفاق يمنعهم طوال هذه المدة من طلب قسمة المال الشائع .

ويدفع الشركاء إلى هذا الاتفاق تحقيق مصلحة لهم فى البقاء بالشيوع مدة معينة، مثل ذلك أن يكون بين الشركاء غائب يتوقعون عودته بعد فترة معينة ، أو يكون بين الشركاء ناقص الأهلية سيبلغ سن الرشد بعد مدة ليست طويلة ، فيتفقون مع النائب عن ناقص الأهلية على البقاء فى الشيوع مدة معينة حتى يبلغ سن الرشد .

وقد تقتضى القسمة بيع بعض أعيان المال الشائع ويؤدى بيعها فى الحال إلى خسارة لهم فيتفقون على البقاء فى الشيوع حتى تسنح لهم الفرصة ببيع هذه الأطيان بما يحقق صالحهم .

ونعــرض لأحكام البقاء فى الشيوع بموجب اتفاق تفصيلا على النحو الآتى :

٦١ـ أحكام خاصة بالاتفاق على البقاء فى الشيوع :

(أ) – الاتفاق على البقاء فى الشيوع من أعمال الإدارة :

يخضع الاتفاق على البقاء فى الشيوع من حيث انعقاده وصحته لحكم القواعد العامة .

غــير أنــه يجب مراعاة أن الاتفاق على البقاء فى الشيوع من أعمال الإدارة وليس من أعمال التصرف .

ويترتب على ذلك أنه يكفى أن تتوافر فى الشريك أهلية الإدارة دون أهلية التصرف .

(ب) يجوز أن يكون الاتفاق على البقاء فى الشيوع من بعض الشركاء :

لايلزم أن يكون الاتفاق على البقاء فى الشيوع من جميع الشركاء فــى المــال الشائع ، وإنما يجوز أن يتفق بعض الشركاء فى المال الشــائع دون البعض الآخر على البقاء فى الشيوع ، كأن يكون من بيــن الشــركاء غائبون فيتفق الشركاء الحاضرون على البقاء فى الشيوع ، ويكون اتفاقهم صحيحا ملزما لمن وافق عليه ، فلا يجوز لأيهم خلال المدة المتفق عليها أن يطلب القسمة [١].

---

(١) الســنهورى ص ١١٧٢ – منصــور مصــطفى منصــور ص ١٨٨- إســماعيل غانم ص ١٧٣ – أحمد سلامه ص ٣٦٠ ومابعدها – وقارن

أمـــا من لم يوافق فلا شك أنه يجوز له فى أى وقت أن يطلب القسمة كما يجوز له أن ينضم إلى الاتفاق الذى أبرمه البعض.

ويجـــب عدم الخلط فى هذا المجال إذ ربما يقال أنه متى كان هذا الاتفاق عملا من أعمال الإدارة فإنه يجوز للأغلبية التى حددها القانون أن تعقده ، فتلتزم الأقلية به ، لأن عمل الإدارة الذى يجوز للأغلبـــية أن تقـــرر القـــيام بـــه متعلق باستغلال المال وليس بمنع قسمته[1].

(ج) الحد الأقصى لمدة البقاء فى الشيوع :

أوضـــحنا سلفا أن المادة ٨٣٤ مدنى تنص على أنه : "ولايجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين ".

فهـــذه المادة وضعت حدا أقصى للاتفاق على البقاء فى الشيوع هو مدة خمس سنوات .

والحكمـــة مـــن تحديد المدة المذكورة حدا أقصى للاتفاق على البقاء فى الشيوع ، ألا يجبر الشركاء على البقاء فى الشيوع إلا مدة معقولة ، ولكن يظل الشيوع حالة استثنائية فيكون لكل شريك الحق فـــى طلـــب إنهائها لكى تعود الملكية إلى وضعها الطبيعى [2]. فلا

الدكـــتور عبد المنعم البدراوى ص ١٧٨ فيذهب إلى أنه يلزم اتفاق جميع الشركاء وإلا كان الاتفاق لغوا بالنسبة لكل المتفقين .

(١) أحمد سلامه ص ٣٦٠ ومابعدها .

(٢) محمد على عرفه ص ٤٢٥ .

يجـوز أن تـزيد مدة البقاء فى الشيوع على خمس سنوات ، أو أن تكـون مدة البقاء فى الشيوع مؤبدة أو مدة غير معينة ، كأن ترتبط المدة بواقعة غير معلومة سلفا بأن يتفق الشركاء مثلا على الاستمرار فى الشيوع حتى وفاة أحدهم أو شخص من الغير .

فإذ كانت مدة البقاء فى الشيوع مؤبدة أو غير معينة ، فإن هذه المدة تكون خمس سنوات ، وكذلك إذا اتفق الشركاء على مدة تزيد علـى خمس سنوات ، أنقصت هذه المدة إلى خمس سنوات ، مالم يتبيـن أن المدة المتفق عليها لاتنفصل عن جملة التعاقد ، بمعنى أن الشـركاء مـا كانوا ليرتضوا الاتفاق بدون هذه المدة كلها ، إذا أنه حينئذ يبطل الاتفاق كله طبقا للقاعدة العامة فى انتقاص العقد[١] التى نصت عليها المادة ١٤٣ مدنى بقولها :

"إذا كـان العقـد فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذى يبطل . إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق

---

(١) السـنهورى ص ١١٧٢ – عـبد المـنعم الـبدراوى حق الملكية ٢١٠ ومابعدها – جميل الشرقاوى ص ١٤٨ – منصور مصطفى منصور ص ١٨٨ – إسـماعيل غـانم ص ١٧٢ ومابعدهـا – وقـد جـاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه: " وقد يتفق الشركاء فى الشيوع المعتاد على البقاء فيه إلى أجل يجب ألا يزيد على خمس سنين ، فإذا زاد أنقص إلى المدة المنصوص عليها فى هذه المادة " – مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ١٠١ .

الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله" . غير أن تحريم زيادة مدة الاتفاق على البقاء فى الشيوع على خمس سنوات ، لايمنع من الاتفاق من جديد على مدة أخرى ، ولعدد غير محدد من المرات .

والاتفاق على التجديد لكى ينتج أثره كاملا يجب أن يتم بعد انقضاء مدة خمس السنوات السابقة. أما إذا اتفق الشركاء المشتاعون على تجديد اتفاقهم لمدة خمس سنوات أخرى قبل انقضاء المدة الأولى ، فإن خمس السنوات الجديدة يبدأ سريانها فى الحال من وقت الاتفاق عليها دون انتظار لانتهاء المدة الأصلية . إذ أن القول بغير ذلك يجعل الشركاء فى الشيوع ملتزمين من وقت الاتفاق الجديد بالبقاء فى الشيوع مدة تزيد على خمس سنوات، وهذا لايجوز [١].

وإذا تضمن الاتفاق شرطا يقضى بتجديد المدة بعد انقضائها ، لايسرى الاتفاق إلا لمدة خمس سنوات دون تجديد تلقائى . أما إذا كانت المدة الأصلية أقل من خمس سنوات كأن كانت ثلاث سنوات وتضمن ألاتفاق شرطا بالتجديد مدة سنتين أخريين جاز ذلك ، إذ كان فى الإمكان الاتفاق على خمس سنوات من البداية [٢].

---

(١) السنهورى ص١١٧٣ وما بعدها – إسماعيل غانم ص ١٧٣ – الصده ص ٢٢٠.

(٢) السنهورى ١١٧٤ هامش (٢) .

غير أن هناك وسيلة عملية يستطيع بها الشركاء الشائعون التوصل إلى عدم التقيد بالحد الأقصى المنصوص عليه بالمادة ٨٣٤، وذلك بإنشاء شركة يكون رأس مالها من حصصهم فى الشىء ، فتنطبق فى هذه الحالة قواعد الشركة لا قواعد الشيوع ، فيصح الاتفاق على أن تستمر الشركة مدة تزيد على خمس سنوات [١].

٦٢- هل الاتفاق على قسمة المهايأة يحول دون طلب القسمة النهائية ؟

قسمة المهايأة – كما سنرى – هى التى يتفق فيها الشركاء على تنظيم الانتفاع بالشىء الشائع بحيث يحصل كل شريك على قدر من منافعه يتناسب مع حصته ، وهى تكون مهايأة مكانية أو زمانية . ولا يصح الاتفاق على قسمة المهايأة لمدة تزيد على خمس سنين (م ١/٨٤٦ مدنى) .

وقد اختلف الفقه حول ما إذا كان الاتفاق على قسمة المهايأة يمنع من طلب القسمة النهائية طيلة مدته أو لا يمنع . فذهب رأى إلى أنه لايجوز لأحد الشركاء أن يطلب قسمة الأعيان الشائعة، قبل انتهاء المدة المتفق عليها فى قسمة المهايأة ، لأن تلبية القسمة فى هذه الحالة يؤدى إلى نقض اتفاق المهايأة قبل انقضاء مدته ، وهو لايجوز إلا برضاء الشركاء جميعا [٢].

---

(١) إسماعيل غانم ص ١٧٣ .

(٢) أحمد سلامه ص ٣٦٢.

ويستطرد بعض أنصار هذا الرأى تأييدا له أنه من المشروع أن يـثق كـل شريك فى أنه بمقتضى المهايأة يستمر الشيوع إلى مدة معيـنة . وبالتالى يكون مشروعا اعتقاده بأن أحدا من الشركاء لن يطلب قسمة المال قسمة نهائية متى كانت المهايأة سارية ، وبعبارة أخرى فإن مقتضى المهايأة أن يمتنع على الشريك طلب القسمة مدة التهايؤ. فهذا هو ما يقضى به مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود [١].

وذهـب رأى آخـر إلـى أن الاتفاق على قسمة مهايأة لتنظيم الانتفاع بالشىء مدة معينة لايحول دون أن يكون للشريك الحق فى طلب القسمة النهائية قبل انقضاء هذه المدة ، ذلك أن اتفاق الشركاء على نظام معين للانتفاع بالشىء الشائع مدة معينة ، سواء اتخذ هذا الاتفـاق صورة قسمة مهايأة أو أية صورة أخرى ، إنما هو اتفاق يـتعلق بطريقة الانتفاع ، فهو لايسرى فى حدود المدة المتفق عليها إلا طالما كان الشيوع قائما ، ومن ثم فإنه ينقضى بانقضاء الشيوع بأى سبب من أسباب انقضائه بما فيها القسمة النهائية [٢].

فضلا عن أن من مقتضى الرأى الأول أن أى اتفاق على تنظيم الانتفاع بالمال الشائع يترتب عليه منع طلب القسمة ، إذ ليس هناك

---

(١) أحمد سلامه ص ٣٦٢ ومابعدها .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٢٢١ – منصور مصطفى منصور ص ١٨٩ – إسماعيل غانم ص ١٧٥ .

ما يبرر أن تختص قسمة المهايأة بهذا الأثر وحدها دون غيرها من صـــور الاتفاق على تنظيم المال الشائع . بل إن منطق هذا الرأى يــؤدى إلـــى القول بأنه إذا وضعت أغلبية الشركاء نظاما للانتفاع بالمـــال الشائع فلن يجوز لأى من الشركاء طلب القسمة أثناء المدة التى حددتها الأغلبية لهذا النظام ، إذ أن النظام الذى تضعه الأغلبية ملــزم لكافة الشركاء طبقا للمادة ١/٨٢٨ ، مثله فى ذلك مثل قسمة المهايأة وهذا كله غير مقبول [١].

والرأى الثانى هو الذى نرى الأخذ به .

٦٣ـ اشـتراط الواهـب والموصى عـلى الشركـاء البقاء فى الشيوع :

قد يهب أو يوصى شخص لعدة أشخاص بمال شائع ، وتتضمن الهــبة أوالوصـــية شرطا يفرض على هؤلاء الأشخاص البقاء فى الشيوع مدة معينة .

وقـــد اختلف الفقهاء فيما إذا كان هذا الشرط يقع صحيحا ويلزم الشركاء ، أم أنه يقع باطلا فلا يلزمون به .

فذهب البعض إلى أن هذا الشرط صحيح مادام يمنع القسمة لمدة لاتجاوز خمس سنوات ويكون مبنيا على سبب مشروع ، لأن المادة ١/٨٢٣ مدنى تقضى بأنه إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى

---

(١) إسماعيل غانم ص ١٧٥ .

بمنع التصرف فى مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ، ومقصورا على مدة معقولة . ومن ثم فإن هذا النص يجيز أن يشترط الواهب أو الوصى عدم جواز التصرف فى المال الموهوب أو الموصى به، فأولى أن يصح للواهب أو الموصى أن يشترط البقاء فى الشيوع وهو شرط أخف من شرط المنع من التصرف [١]. والقول بغير ذلك من شأنه تجاهل الباعث المشروع الذى يدفع الواهب أو الموصى إلى إيراد مثل هذا الشرط [٢].

وذهب رأى آخر إلى أن هذا الاتفاق يكون باطلا فلا ينفذ فى حق الشركاء، وذلك لأن الاتفاق على البقاء فى الشيوع استثناء من القاعدة العامة التى تجعل لكل شريك الحق فى طلب القسمة فى أى وقت شاء ، ولما كان المشرع قد جعل مناط هذا الاستثناء اتفاق الشركاء على تقييد حقهم فى طلب القسمة ، فلا يصح أن يفرض عليهم هذا القيد بإرادة الواهب أو الموصى الذى يجهل عند عمل الهبة أو الوصية ما ستؤول إليه علاقة الموهوب لهم أو الموصى إليهم من تفاهم أو خلاف ، فيجب أن يترك ذلك لإرادتهم ، ولايصح أن يعترض على ذلك بأن للموصى أن يمنع الموصى إليهم من

---

(١) السنهورى ص ١١٧٥- الصده ص ٢٢١- منصور مصطفى منصور ص ١٧٤ .

(٢) الصده ص ٢٢١ .

التصـــرف فـــى المال خلال مدة معينة فيكون له من باب أولى أن يمـــنعهم من اقتسامه خلال نفس المدة ، فهنا قياس مع الفارق إذ أن المـــنع من التصرف لايؤدى إلى الاحتكاك المباشر الذى ينجم عن الشيوع (١).

والرأى الأول هو الذى نرى الأخذ به .

٦٤- سريان الاتفاق على البقاء فى الشيوع فى حق الخلف العام والخاص للشركاء :

الاتفاق الذى يعقده الشركاء على البقاء فى الشيوع ، كما يكون ملزما لأشخاصهم فإنه يكون ملزما لخلفهم العام كالورثة أو الدائنين، ولخلفهـــم الخاص كالمشترين ، وذلك عملا بالمادة ٨٣٤ مدنى التى تـــنص على أن : " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق ، ولايجوز بمقتضـــى الاتفاق أن يمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين، فإذا كان الأجل لايجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق فى حق الشريك وفى حق من يخلفه ".

ولئـــن كانت المادة ١٤٦ مدنى تنص على أنه : " إذا أنشأ العقد الـــتزامات وحقوقـــا شخصية تتصل بشىء انتقل بعد ذلك إلى خلف

---

(١) محمـــد على عرفه ص ٤٢٦ وما بعدها - الدكتور محمد كامل مرسى الحقـــوق العينية الأصلية الجزء الثانى ١٣٦٨ هـــ- ١٩٤٩ ص ١٣٨ - محمد وحيد الدين سوار ص ٣٨٦ - محمد وحيد الدين سوار ص ٣٨٦.

خــاص. فــإن هــذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشىء ، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشىء "، فهى تشترط لانتقال الالتزامات والحقــوق المذكورة إلى الخلف الخاص علمه بوجودها وقت انتقال الشــىء إليه إلا أن الرأى الراجح أن الاتفاق على البقاء فى الشيوع يســرى على الخلف الخاص حتى ولو لم يكن يعلم به وذلك تطبيقا لإطلاق نص المادة ٨٣٣ واستثناء من حكم المادة ١٤٦ [١].

وتــبريرا لهذا الاستثناء يمكن القول أن حكم المادة ١٤٦ يعتبر حكما عاما يسرى على كافة العقود، أما نص المادة ٨٣٣ فهو حكم يسرى على حالة الاتفاق على البقاء فى الشيوع ، فيكون هذا النص قد أتى باستثناء خاص فى هذا الصدد .

٦٥- التعسف فى طلب القسمة :

إن حــق طلب قسمة المال الشائع – كما أوضحنا سلفا – مقرر لكــل من الشركاء ، إلا أن هذا الحق كغيره من الحقوق يخضع فى اســتعماله لــنظرية التعســف فى استعمال الحق المنصوص عليها

---

(١) السنهورى ص ١١٧٢ – أحمد سلامه ص ٣٦٣ – البدراوى ص ٢١١- عــرفه ٤٢٧ ومابعدها – منصور مصطفى منصور ص ١٨٨ – الصده ص ٢٢٠- إسماعيل غانم ص ١٧٢ وهامش (١) .

بالمـــادة الخامســـة مـــن التقنيـــن المدنى . ولذلك يجب ألا ينطوى استعمال الشريك المشتاع لهذا الحق على تعسف فى استعماله ، فإذا كان طلب القسمة لايحقق لطالبه ثمة مصلحة ، أو يحقق له مصلحة تافهـــة لاتتناســـب مع الضرر الكبير الذى يحيق ببقية الشركاء كان للقاضـــى أن يـــرفض الطلب ، فيظل الشيوع إلى وقت تصبح فيه القســـمة غير ذات ضرر كبير على الشركاء ، ومثل ذلك أن تكون قســـمة المـــال عيـــنا غير ممكنة ، ولابد من أن يباع المال وتكون الأسعار فى حالة انخفاض كبير وطارئ [1].

---

(١) السنهورى ص ١١٧٦ – أحمد سلامه ص ٣٥٨– وقارن إسماعيل غانم (ص ١٧٥ ومابعدها وهامش (١) بالصحيفة المشار إليها) فيذهب إلى أن الأصل أنه ليس للقاضى سلطة تقديرية فى إجابة طلب القسمة أو رفضه ، فليس من شأنه أن يبحث فيما إذا كان إجراء القسمة ضارا أو غير ضار بمصالح الشركاء ، بل تقتصر مهمته على التحقق من وجود التزام بالبقاء فى الشيوع أو عدم وجوده . على أنه يرد على هذا الأصل العام استثناء فـــى حالـــة مـــا إذا قرر الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع التصـــرف فيه ، فاعترض أحد الشركاء الآخرين طالبا إجراء القسمة .. وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يجعل للمحكمة سلطة تقديرية كأصـــل عام . فقد كانت المادة ١٢٠٢ من المشروع تتضمن فى فقرتها الأولـــى الـــنص الذى صار بعد ذلك نص المادة ٨٣٤ من التقنين ، أما فقرتها الثانية فكانت تقضى بما يأتى : " ومع ذلك فللمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تأمر باستمرار الشيوع ، حتى إلى ما بعد الأجل

وهناك تطبيق تشريعى لهذه الحالة سنعرض له فيما بعد وهو نص المادة ٤١ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال التى تنص على أنه : " إذا رفعت دعوى "قسمة"

المتفق عليه ، وحتى لو لم يوجد أى اتفاق على البقاء فى الشيوع ، وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء ، كما لها أن تأمر بالقسمة فى الحال، حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه ، إذا وجد سبب قوى يبرر ذلك " وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة ، ثم أعيدت فى مجلس النواب . وثار البحث فى مجلس الشيوخ ، وانتهى إلى حذفها ثانية توخيا لاستقرار التعامل " .

وقد علق الدكتور أحمد سلامه – وهو من أصحاب الرأى العكسى الوارد بالمتن – على الرأى السابق (ص ٣٥٨ هامش ١) بقوله : " إن القول المذكور بالمتن لاينبنى على أن للقاضى سلطة التقدير بل ينبنى على فكرة التعسف وفرق بين الأمرين .

ومن ناحية أخرى فإنه بين ما نذكره بالمتن وبين ما كانت تنص عليه المادة ١٢٠٢ من المشروع فرقا فقد كانت هذه المادة تنص على ما يأتى: ومع هذا فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تأمر باستمرار الشيوع حتى إلى ما بعد الأجل المتفق عليه ، وحتى لو لم يوجد أى اتفاق على البقاء فى الشيوع وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء، كما أن لها أن تأمر بالقسمة فى الحال ، حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد سبب قوى يبرر ذلك ، وقد انتهى الأمر بحذف هذه الفقرة توخيا لاستقرار التعامل ".

على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر، فللمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة ، أن توقف القسمة لمدة لاتجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن فى التعجيل ضررا جسيما " .

٦٦- حكم التعامل فى التركة المستقبلة :

تنص المادة ١٣١ من التقنين المدنى على أنه: " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا .

غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه ، إلا فى الأحوال التى نص عليها فى القانون " .

فالمشرع وإن أجاز فى الفقرة الأولى من المادة التعامل فى الأشياء المستقبلة إلا أنه استثنى فى فقرتها الثانية من هذا الحكم التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان التعامل برضاه، إلا ما استثنى بنص فى القانون . والتركة هى مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من ديون وقت موته فإذا كان الإنسان على قيد الحياة فهذا المجموع هو الحقوق والديون منظورا إليه وقت الموت هو تركته المستقبلة ، والتعامل المحرم هو الذى يقع على تركة مستقبلة فى مجموعها أو فى جزء من هذا المجموع أو فى مال معين ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة .

ويستوى أن تأتى التركة عن طريق الميراث أو الوصية ، أو يكون التعامل بين المورث والورثة أو بين المورث أو الورثة والغير ، ومثال التعامل البيع لوارث أو لأجنبى ، أو الاتفاق مع وارث على إعطائه نصيبا أكبر من نصيبه الذى سيرثه ، وكذلك قسمة التركة [١].

وإذا وقع هذا التعامل كان باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام، لأن ذلك يتضمن مخالفة لأحكام الميراث والوصية والتى تتعلق بالنظام العام .

غير أن القانون أجاز التعامل فى التركة المستقبلة بنص فى صورتين فقط هما الوصية وقسمة المورث لأعيان تركته كما سنرى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن كون الإنسان وارثا أو غير وارث وكونه يستقل بالإرث أو يشاركه فيه غيره إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق فى التركات بطريق بالتوريث لمن لهم الحق فيها شرعا كل هذا مما يتعلق بالنظام العام . والتحايل على مخالفة

---

(١) السنهورى الوسيط جـ١ طبعة ١٩٦٤ ص ٤١٤ – محمد كمال عبد العزيز التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه ١٩٨٠ الجزء الأول ص ٣٥٤ .

هذه الأحكام باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة ويحكم القاضى به مـــن تلقاء نفسه فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، وتحريم التعامل فى التركات المستقبلة يأتى نتيجة لهذا الأصل ، فلا يجوز قبل وفاة أى إنســـان الاتفـــاق على شىء يمس بحق الإرث عنه ، سواء من جهة إيجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعا أو من جهة الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف فى حق الإرث قـــبل انفـــتاحه لصـــاحبه واستحقاقه إياه ، جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام ".

(طعن رقم ٢ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٤/٦/١٤)

٢- " الـــتحايل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العـــام هو ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعا، كاعتبار شخص وارثا وهو في الحقيقة غير وارث أو اعتباره غير وارث وهو فى واقع الأمر وارث، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل مـــن التعامل في التركات المستقبلة كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا أو الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية ويترتب على هذا بداهة أن الهبة الصادرة من المورث في حالـــة صـــحته لأحـــد الورثـــة تكون صحيحة لخروجها من نطاق التعريف بالتحايل على قواعد الإرث على ما ذكر .

هــذا والاعــتراض بــأن الوارث يعتبر من الغير بالنسبة إلى التصرفات الضارة به الصادرة من المورث لأحد ورثته لا محل له مــتى كان التصرف منجزا ، إذ القانون لايحرم مثل هذا التصرف علــى الشــخص كــامل الأهلية ولو كان فيه حرمان ورثته ، لأن التوريــث لايقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه " .

(طعن رقم ٩١ لسنة ١٧ جلسة ١٩٤٨/١٢/٢٣)

٣- " الــتحايل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ما كان متصلا بقواعــد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعا ، كاعتبار شخص وارثا وهــو فى الحقيقة غير وارث أو العكس ، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصــل مــن التعامل في التركات المستقبلة بإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم لحق الميراث شرعا أو الزيادة أو النقص في حصصــهم الشــرعية ، ويترتــب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث في حالة صحته لأحد ورثته أو لغيرهم تكون صــحيحة ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصــبتهم فــي المــيراث ، لأن التوريث لايقوم إلا على ما يخلفه المــورث وقت وفاته أما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلا حق للورثة فيه ".

(طعن رقم ٣٨ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٣/٣١)

٤- "التحايل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام هو- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعا ، كاعتبار شخص وارثا، وهو في الحقيقة غير وارث أو العكس ، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلة كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا ، أو الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية ، ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث في حالة صحته لأحد ورثته أو لغيرهم تكون صحيحة ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصبتهم في الميراث لأن التوريث لايقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته ، أما ما يكون قد خرج منه حال حياته فلا حق للورثة فيه ".

(طعن رقم ٢٣٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨)

٦٧ – وصية المورث بقسمة تركته صحيحة :

نصت المادة ٩٠٨ مدنى على أن : " تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى ، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه ، فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية " .

وقــد نقلــت هذه المادة من المادة ١٣من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصــدار قــانون الوصــية الــتى تنص على أن : " تصح الوصــية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لــبعض الورثة قدر نصيبه وتكون لازمة بوفاة الموصى فــإن زادت قــيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه في التركة كانت الــزيادة وصــية " . وقد جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ عن المادة ١٣ سالفة الذكر أنه : " مادة جديدة وضعت لتمكيــن المــورث من تنظيم تركته وقسمتها بين الورثة على وجه المصــلحة الــتى يراها ، فيجوز للمورث أن يعين لكل وارث قدر نصيبه في التركة ، وأن يوصى بأن يكون لكل وارث ما عينه له ، ووصــيته بذلــك صــحيحة نــافذة قال بذلك بعض فقهاء الشافعية والحنابلة " .

وواضح مما تقدم أن المادتين سالفتى الذكر أجازتا للمورث أن يوصــى بقسمة أموال تركته ، وذلك استثناء من حكم الفقرة الثانية مــن المادة ١٣١ مدنى التى تجعل التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، وعملا بعجز الفقرة المذكورة التى تجيز الاستثناء من هــذه القــاعدة بــنص في القانون . وعلى ذلك يجوز للمورث أن يوصــى بتقســيم أموال تركته على جميع ورثته ، كما يجوز له أن يوصى بتقسيم بعض أموالها ، على أن يظل الباقى تركة بينهم .

فـــإذا كـــان ما أوصى به المورث لأحد ورثته المستقبلين يزيد علـــى نصيبه الميراثى اعتبرت الزيادة وصية وتأخذ حكمها ، وتنفذ دون إجازة باقى الورثة إذا كانت في حدود ثلث التركة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " النص فى المادة ٩٠٨ من القانون المدنى على أن: " تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى ، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه، فإذا زادت قيمة ما عين لأحدهم علـــى اســـتحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية لايفيد أن الوارث يكتسب ملكية نصيبه في التركة بالميراث إذا أوصى له المورث بما يعـــادل هـــذا النصـــيب ، ذلك أن النص المذكور إنما يعرض إلى القســـمة الـــتى يجـــريها المورث في تركته بين ورثته حال حياته وتكون في صورة وصية " .

(طعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١)

٢- " المقـــرر فـــي قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع تحصـــيل المعنى الذى قصده المتعاقدان من عبارات العقد مستهدية بالظـــروف الـــتى أحاطت به طالما كان ما استخلصته لايخرج عن المعنى الذى تحتمله تلك العبارات ، ولما كان نص المادة ٩٠٨ من القانون المدنى يقضى بأنه تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه

فــإن زادت قــيمة ما يعين لأحدهم عن استحقاقه في التركة كانت الــزيادة وصــية . ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه أيد الحكــم الابــتدائى الذى اعتمد تقرير الخبير والذى انتهى إلى زيادة نصــيب الطاعــنة وأخواتها بمقتضى الاتفاق المؤرخ ١٩٦٧/٧/٤ عــن حقهن الشرعى فى الميراث واعتبر الزيادة وصية لاتنعقد في حقهــا إلا في حدود الثلث وقدر نصيب الطاعنة ميراثا ووصية فإن هــذه النتيجة تكون قد صادفت صحيح القانون ويضحى النعى على الحكم المطعون فهى بهذا السبب على غير أساس " .

(طعن رقم ١٧٥٦ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/٢/٢٣)

٦٨ـ جـواز الرجوع عن الوصيـة :

نصــت المادة ٩٠٩ مدنى على أن : " القسمة المضافة إلى ما بعد الموت يجوز الرجوع فيها دائماً. وتصبح لازمة بوفاة الموصى". وتــتفق هذه المادة والفقرة الأولى من المادة ١٨ من قانون الوصية رقــم ٧١ لســنة ١٩٤٦ الــتى تجرى على أن : " يجوز للموصى الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة " .

وعلـــى ذلك يجوز للمورث - قبل وفاته- أن يرجع عن وصيته لورثــته أو بعضـــهم بقسمة أعيان تركته ، فإن توفى كانت تركته شــائعة بين الورثة . وقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن للموصى أن

يرجع في وصيته مادام سليم الأهلية وذلك لأن الوصية تبرع ولأن الرجوع فيها يحصل قبل أوان تملكها[١] .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لاتكـــون الوصـــية لازمة إلا بوفاة الموصى إذ من حقه الرجوع فيها كلها أو بعضهاحال حياته ، ولاتتحدد شروط الوصية- بصفة نهائية – إلا وقت وفاة الموصى لا وقت صدور الإرادة منه".

(طعن رقم ٤١٤ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٦٢/٦/٢١)

٢- " مـــؤدى نـــص المادتيـــن ١٨، ٢٠ من قانون الوصية أن وجـــود الموصى به المعين في ملكية الموصى يجب أن يستمر من وقت صدور الوصية إلى وقت قبولها ، لأن الوصية عقد غير لازم فمـــا يكـــون شرطا لإنشائه يكون شرطا لبقائه ، حتى يتقرر ويلزم بالقبول بعد الوفاة " .

(طعن رقم ٥٢٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٥/٢٧)

٣- " مفـــاد نص المادتين ٢ ، ١٨ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ أن الوصية بحسب الأصل تصرف غير لازم لاتنفذ إلا بعد الوفاة ، ولايترتب عليها أى حق قبلها ، فيجوز من ثم للموصى الـــرجوع صراحة أو دلالة عنها كلها أو بعضها مادام أن الرجوع الصحيح يكون بأى عبارة ينطقها الموصى أو يكتبها وتدل بوضوح على أنه غير راغب في الإبقاء على الوصية " .

---

(١) المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم التركة والحقوق المتعلقة بها ص ٨١٣ .

(طعن رقم ٧ لسنة ٤٥ ق- أحوال شخصية- جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣)

٤- " متى كان الثابت من الأوراق أن الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع برجوع الموصية في الوصية التى سترها عقد النزاع بالوصية الرسمية اللاحقة ، ومن ثم لايقبل منه التحدى بهذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٨٠٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٨١/٤/٧)

٦٩ـ حالة عدم شمول القسمة جميع أموال المورث :

نصت المادة ٩١٠ مدنى على أنه : " إذا لم تشمل القسمة جميع أموال المورث وقت وفاته، فإن الأموال التى لم تدخل القسمة تؤول شائعة إلى الورثة طبقا لقواعد الميراث " .

فالقسمة قد لاتشمل جميع أموال المورث وقت الوفاة ، إما لأن المورث يريد ذلك لمبررات يقدرها ، فيترك بعض أمواله شائعة، وإما أنه قد آلت إلى المورث بعد القسمة وقبل وفاته أموال أخرى ولم يدخلها في القسمة التى أجراها .

وحكم ذلك أن الأموال المذكورة تؤول إلى ورثته عند وفاته شائعة ، ولهم إجراء قسمة جديدة فيها .

أما إذا تصرف المورث قبل وفاته فى بعض الأموال التى شملتها القسمة فيختل التوازن فى القسمة التى أجراها، فإن ذلك يعد رجوعا من المورث عن وصيته لأن القسمة هنا تمت بطريق الوصية ، وتؤول الأموال إلى ورثته عند وفاته شائعة كأن قسمة لم تتم .

وفى هذا جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى :

"ففيما يتعلق بالأموال ، إذا لم تدخل فى القسمة أموال تركها عند موته، بقيت هذه الأموال شائعة بين الورثة، وإذا كان الأمر بالعكس وتصرف المورث فى بعض الأموال التى دخلت القسمة فإن القسمة تبطل " .

٧٠ـ موت بعض الورثة قبل وفاة المورث :

تنص المادة ٩١١ مدنى على أنه : " إذا مات قبل المورث واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا فى القسمة ، فإن الحصة المفـــرزة التى وقعت في نصيب من مات تؤول شائعة إلى الورثة طبقا لقواعد الميراث ".

وقد أوضحت ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بقولها :

" ...وإذا نقصـــوا بـــأن مات أحد منهم قبل وفاة المورث ، ولم تتغـــير أنصـــباء الباقى بعد هذا الموت ، فإن الحصة المفرزة التى وقعـــت في نصيب من مات تؤول شائعة لبقية الورثة بنسبة حصة كل منهم في الميراث وإن حجب أحد منهم بوارث وجد بعد القسمة وتغيرت الأنصباء بهذا الحجب بطلت القسمة " [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٢٨٧.

٧١ـ زيادة الورثة عما كانوا عليه وقت الوصية :

قد يزيد عدد الورثة وقت وفاة المورث عن عددهم وقت الوصية ، وهو ما يترتب عليه تغيير في أنصبة الورثة ، وفى هذه الحالة تبطل الوصية وتنتقل أعيان التركة إلى الورثة الموجودين وقت الوفاة شائعة ولهم إجراء القسمة إذا أرادوا .

وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى :

"وفيما يتعلق بالورثة إذا زادوا وقت الموت عما كانوا وقت الوصية ، فإن القسمة تصبح باطلة " [(١)].

٧٢ـ عدم تناول القسمة كل ديون التركة أو عدم موافقة الدائنين :

تنص المادة ٩١٣ مدنى على أنه : " إذا لم تشمل القسمة ديون التركة أو شملتها ولكن لم يوافق الدائنون على هذه القسمة ، جاز عند عدم تسوية الديون بالاتفاق مع الدائنين أن يطلب أى وارث قسمة التركة طبقا للمادة ٨٩٥ ، على أن تراعى بقدر الإمكان القسمة التى أوصى بها المورث والاعتبارات التى بنيت عليها ".

فالمقرر أنه يجب لنفاذ القسمة التى يجريها المورث في حق دائنى التركة ، أن يوافق الدائنون على هذه القسمة ، فإذا كانت القسمة شملت ديون التركة ولكن لم يوافق عليها الدائنون ، أو كانت القسمة لم تشمل هذه الديون ، فأحد أمرين :

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٨٧ .

الأول : أن يــتفق الورثة مع الدائنين على تسوية ديونهم ، وفى هذه الحالة ينفذ اتفاقهم وتنفذ قسمة المورث .

الــثاني : ألا يتفق الورثة مع الدائنين على تسوية ديونهم ، وفى هــذه الحالة تعتبر القسمة التى أجراها المورث غير كاملة ، ويكون لكل منهم أن يطلب إجراء قسمة جديدة من المحكمة المختصة بنظر شئون التصفية طبقاً لأحكام المادة ٨٩٥ مدنى التى تجرى على أن: " إذا لم يجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل ، تولت المحكمة توزيــع الديــون المؤجلة وتوزيع أموال التركة ، بحيث يختص كل وارث مــن جملـــة ديــون التركة ومن جملة أموالها بما يكون في نتيجته.معادلا لصافى حصته في الإرث .

وترتــب المحكمـــة لكل دائن من دائنى التركة تأمينا كافيا على عقـــار أو مـــنقول ، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين . فإن استحال تحقيق ذلك ، ولو بإضافة ضمان تكميلى يقدمـــه الورثة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها .

وفـــى جميع هذه الأحوال إذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد ســبق شهره ، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقا للأحكام المقررة في شهر حق الاختصاص " .

واحتراما لإرادة المورث واحتراما لوصيته، يجب على المحكمة أن تلــتزم بما نصت عليه المادة السابقة بقدر الإمكان القسمة التى

أوصـــى بهــا المورث والاعتبارات العائلية والشخصية التى بنيت عليها هذه القسمة . فلا تنحرف عنها إلا لضرورة .

٧٣ـ سريان أحكام القسمة على قسمة المورث عدا أحكام الغبن :

نصت المادة ٩١٢ مدنى على أن : " تسرى في القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة عدا أحكام الغبن " .

وعلى ذلك تسرى على قسمة المورث كافة الأحكام التى تسرى على القسمة، عدا أحكام الغبن، فيسرى عليها أحكام ضمان التعرض والاستحقاق وامتياز المتقاسم .

أمــا أحكام الغبن التى تسرى على دعوى القسمة فإنها تتعارض مع طبيعة قسمة المورث باعتبارها وصية ، فالزيادة في نصيب أحد الورثة لاتعد غبنا وإنما تعد وصية تسرى في حق باقى الورثة دون إجازتهم في حدود ثلث التركة جميعها [(١)].

---

(١) وكانــت المادة – كما وردت فى المشروع التمهيدى – تنص في فقرتها الأولـــى على أن : " تسرى في القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القســمة عامة ، ويسرى بوجه خاص ما يتعلق من هذه الأحكام بضمان التعرض والاستحقاق، وما يتعلق منها بالغبن وامتياز المتقاسم " ، ووافقت لجنة المراجعة على النص مع تعديل لفظى إلا أن النص عدلته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وجاء بتقريرها : " عدلت الفقرة الأولى فأصبحت "تسرى فى القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة فيما عدا أحكام الغبن" . وقد أخذت اللجنة بحكم يخالف الحكم الذى أخذ به المشروع

٧٤- أنواع القسمة :

إذا اتفـق الشـركاء على كيفية اقتسام المال الشائع بينهم تمت القسمة بموجب هذا الاتفاق ، فتكون القسمة حينئذ قسمة اتفاقية وإذا لـم يـتفق الشركاء على ذلك تولى القضاء إجراء القسمة بناء على طلب أحد الشركاء المشتاعين ، فتكون القسمة حينئذ قسمة قضائية.

وهـذه القسـمة تـرد على الملك ومن ثم فهى دائمة وتسمى بالقسمة النهائية .

ولاتكـون القسمة النهائية قابلة للزوال إلا إذا كانت معلقة على شرط فاسخ أوشرط واقف وتحقق الشرط الفاسخ أو الشرط الواقف. إذ يترتـب على تحقق هذا الشرط زوال القسمة بأثر رجعى فتعتبر كأنها لم تكن .

ولذلـك تسمى القسمة المعلقة على شرط فاسخ أو واقف القسمة غير الباتة .

والقسمة النهائية سواء اتفاقية أو قضائية إما أن تكون قسمة كلية أو قسمة جزئية . وإما أن تكون قسمة عينية أو قسمة تصفية .

فلـم تجعل الغبن سببا من أسباب الطعن فى القسمة المضافة إلى ما بعد الموت دفعا للتداخل بين أحكام الوصية والأحكام المتعلقة بالغبن .. الخ" – مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٨٤ وما بعدها .

فالقسـمة الكلـية أو الكاملة هى القسمة التى تشمل كل الأموال الشـائعة ليحصـل كـل شريك على نصيب مفرز منها . وهذا هو الأصل في القسمة النهائية .

أما القسمة الجزئية فهى التى تتناول مالا من الأموال الشائعة أو أكـثر وتبقى باقى الأموال شائعة بين الشركاء ، وذلك إما بإخراج شـريك أو أكـثر من حالة الشيوع ويبقى باقى الشركاء كما كانوا ملاكـا على الشيوع لما تبقى بعد إفراز نصيب من تم إخراجه من حالة الشيوع ، أو تتناول بعض الأموال الشائعة فتقسم بين الشركاء، بينما تبقى باقى الأموال شائعة كما هى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الأصـل في انتقال الملكية للورثة أنها تنتقل شائعة بينهم حتى تتم القسمة وعندئذ يعتبر المتقاسم فيما كان محلا للقسمة ، وعلى ما تقضـى به المادة ٨٤٣ من القانون المدنى ، مالكا للحصة التى آلت إلـيه مـن وقت أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها في بقية الحصص وبذلك يظل ما لم يدخل القسمة من المال شائعا على حالة شائعا بنى الورثة ".

(طعن رقم ٢٨٢ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٣/٣٠)

وإمـا بتقسيم الأموال الشائعة إلى قسمين أو أكثر بحيث تختص كل مجموعة من الشركاء بقسم منها شائعا بينهم [١].

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ١٨٢ .

وهــذه الصورة الأخيرة وإن لم يترتب عليها إفراز نصيب لكل شــريك أو لــبعض الشركاء إلا أنها تفرز حقوق كل مجموعة من الشركاء عن حقوق غيرهم ويطلق البعض عليها اصطلاح (قسمة طبقات) أو اصطلاح (قسمة فئات) (١).

والقســمة العينية هى التى تؤدى إلى إفراز نصيب الشريك في الأموال الشائعة ، وهذا هو الأصل في القسمة . ويكون الإفراز إما بطريقة التجنيب أو بطريق القرعة .

وتكون القسمة العينية بدون معدل أو بمعدل إذا لم يمكن إجراء القســمة إلا إذا نــال أحــد الشركاء نصيبا أكثر من حصته فيدفع للشــركاء الآخريــن الذين نالوا نصيبا أقل ، مبلغا من النقود يعادل أنصبتهم فتكون معادلة لحصصهم .

والقســمة بطــريق التصفية، تجرى إذا لم يمكن تقسيم الأموال عيــنا ، فتــباع الأموال الشائعة بالمزاد ويجوز بيعها بالممارسة إذا اتفــق الشــركاء على ذلك ، ويوزع الثمن المحصل من البيع على الشــركاء بنســبة حصصــهم الشائعة . وهنا لايخلو الأمر من أحد فرضين :

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ١٨٢ هامش (١) .

١- أن يـــتفق الشركاء على أن ينحصر المزاد فيهم ، وهذا حق لهم عملا بالمادة ٨٤١ مدنى وفى هذه الحالة فإن المزاد يرسو على واحد منهم ويكون رسو المزاد قسمة بطريق التصفية .

٢- ألا يـــتفق الشركاء على أن ينحصر المزاد فيهم . وفى هذا الفرض قد يرسو المزاد على واحد منهم ، فيعتبر هذا الرسو قسمة بطريقة التصفية وقد يرسو المزاد على أجنبى ، فيعتبر رسو المزاد بيعا من جميع الشركاء إلى هذا الأجنبى .

وقــد تــرد القسمة على المنفعة وتسمى بقسمة المهايأة ، وهى قسمة مؤقتة لها صورتان : قسمة المهايأة المكانية ، وقسمة المهايأة الزمانية .

ففـــى الصـــورة الأولى يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع متنازلا فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء .

وفـــى الصـــورة الثانية يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته .

وهذه القسمة قسمة منفعة – كما قلنا – لا قسمة ملك ، ولاتدوم أكثر من خمس سنوات .

مــادة (٨٣٥)

للشــركاء إذا انعقــد إجمــاعهم ، أن يقتســموا المال الشائع بالطــريقة الــتى يــرونها . فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التى يفرضها القانون .

الشــرح

القسمة الاتفاقية :

٧٥ـ القسـمة الاتفاقـية عقد تسرى عليه الأحكام العامة فى التقنين المدنى :

القســمة الاتفاقــية ليست سوى عقد من العقود يبرمه الشركاء المشــتاعون بقصد إنهاء حالة الشيوع . ومن ثم يخضع فى انعقاده لما تخضع له سائر العقود ، سواء من حيث التراضى أو المحل أو السبب، فلا بد من تراضى الشركاء ، وتوافر الأهلية وخلو الإرادة عن العيوب واستيفاء المحل لشروطه ووجود سبب مشروع .

ويجــب أن يكون الاتفاق على القسمة نهائيا ، فالاتفاق التمهيدى على أسس القسمة يسقط إذا اعترض أحد الشركاء على تنفيذه [١].

٧٦ـ اختيار الشركاء لطريقة القسمة :

نصت المادة ٨٣٥ مدنى على أن للشركاء إذا انعقد اجماعهم ، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها .

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٢٨ .

فللشركاء الاتفاق على أن تكون القسمة عينية فيفرزون نصيب كل منهم فى المال الشائع ، وقد تكون القسمة بمعدل أو بغير معدل.

ولهم الاتفاق على أن تكون القسمة كلية فتشمل المال الشائع جميعه . أو جزئية يقصرونها على بعض هذا المال ، فيظل باقى المال شائعا بينهم على أصله .

ولهم الاتفاق على تجنيب جزء مفرز من المال الشائع نصيبا لأحدهم بينما يستمر الباقون فى الشيوع ولهم الاتفاق على إجراء القسمة بطريق التصفية فيبيعون المال الشائع ويقسمون ثمنه على الشركاء كل بحسب مقدار حصته ، ويتفق الشركاء على ذلك عادة إذا كان المال لايقبل القسمة العينية أو إذا كانت قسمته عينا تؤدى إلى خسارة لهم .

ولهم الاتفاق على بيع جزء فقط من المال الشائع وقسمة حصيلة ثمنه عليهم بحسب أنصبائهم ، على أن يظل الجزء الباقى شائعا بينهم أو يقسمونه عينا .

ولهم إجراء البيع بطريق الممارسة ، أما إذا اختلفوا فى ذلك فلا مناص من إجراء البيع بالمزاد .

وإذا اتفقوا على بيع المال بالمزاد فلهم أن يقصروا المزايدة على الشركاء ولهم أن يسمحوا لأجنبى عن الشيوع بالدخول فى المزاد فإذا رسا المزاد على أحد الشركاء اعتبر رسو المزاد قسمة تصفية. أما إذا رسا المزاد على أجنبى اعتبر رسو المزاد بيعا .

٧٧ـ اتفاق بعض الشركاء على القسمة :

رأينا أن القسمة عقد كسائر العقود ، ومن ثم فالقسمة لا تتم إلا إذا اتفق عليها كل الشركاء فى المال الشائع .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" حالة الشيوع بين الشركاء لا تنتهى إلا باتجاه إرادتهم جميعا إلى قسمة نهائية " .

(طعن رقم ٢٩ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٥/٣١)

أما إذا اتفق بعض الشركاء على القسمة دون البعض الآخر فلا تكون القسمة نافذة أى لايترتب عليها إنهاء الشيوع ، ولكن يتقيد بها الشركاء الذين وافقوا عليها فيظل العقد قائما بالنسبة لهم فإذا أقرها الشركاء الآخرون بعد ذلك . فإنها تتم بهذا الإقرار وينتهى بها الشيوع (١).

وحق هؤلاء الشركاء فى الإقرار بالقسمة لايرتبط بموعد معين وينتقل إلى ورثة من يتوفى منهم .

---

(١) السنهورى جـ٨ ص ١١٨٢ وما بعدها – جميل الشرقاوى ص ١٥٠ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص ٢٢٤ – منصور مصطفى منصور ص ١٨٤ – أحمد سلامه ص ٣٧٥ وما بعدها .

وفى هذا قضت النقض بأن :

١- " إذا كانت القسمة قد عابها أنها لم يشترك فيها إلا بعض الشركاء فلا يحق لمن عقدها منهم أن يتمسك ببطلانها المترتب على ذلك ، بل الذى يحق له التمسك بهذا البطلان هو من لم يكن طرفا فيها " .

(طعنان رقما ١٠٥، ١٣٣ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٦/٥)

٢- " عقد القسمة النهائية الذى يوقعه بعض الشركاء لايعتبر باطلا لعدم توقيعه من جميع الشركاء بل يظل ملزما لكل من وقعه ولايجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن توقيع العقد ، بل يظل العقد قائما وللشريك الذى لم يوقعه أن يقره متى شاء- وحق الشريك الذى لم يوقع العقد في إقرار هذا العقد يظل قائما له ما بقيت حالة الشيوع ويكون لورثته من بعده ، إذ عقد القسمة ليس من العقود التى لشخصية عاقديها اعتبار في إبرامها لأنها لو لم تتم بالرضا جاز إجراؤها قضاء . ولايحول دون مباشرة الورثة هذا الحق كون العقد الذى لم يوقعه أحد الشركاء ممن خص بنصيب مفرز فيه يعتبر بمثابة إيجاب موجه إلى ذلك الشريك فلا خلافة فيه ، إذ هو في قصد من وقعه إيجاب لا لشخص الشريك الآخر بالذات بل لكل من يملك نصيبه ، فلا ينقضى بوفاة ذلك الشريك . فالحكم الذى يقضى برفض دعوى صحة ونفاذ عقد قسمة

لـــم يـــتخلف عن توقيعه من الشركاء الأصليين سوى واحد فوقعه ورثته ، مستندا في ذلك إلى أن أحد موقعى العقد يحق له أن يتحدى بعـــدم توقـــيع أحد الشركاء وأن يعتبر العقد غير ملزم له لوفاة هذا الشريك دون توقيعهولأن ورثته لايستطيعون قبول العقد بعد وفاته – هذا الحكم يكون مخالفا للقانون " .

(طعن رقم ١٠٦ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٢/٢٣)

٣- " إذا اشترى زيد قدرا مفرزا من الأطيان من وارث ثم باع هذا القدر إلى بكر ، ثم رفع وارث آخر دعوى بطلب تثبيت ملكيته لنصيبه شائعا فى التركة اختصم فيها إخوته وزيدا وبكرا ، فقضت المحكمة برفض دعواه تأسيسا على أن قسمة حصلت بينهم وأن هذه القسمة ملزمة له ولبقية الورثة لإجازته عقدها وموافقة جميع الورثة علـــيه وأنه بموجب هذه القسمة يملك نصيبه في التركة مفرزا ، ثم رفـــع هـــذا الوارث دعوى على زيد وبكر طلب فيها الحكم بتثبيت ملكيـــته إلى القدر الذى اشتراه زيد وباعه إلى بكر تأسيسا على أن هذا القدر يدخل فيما اختص به بموجب عقد القسمة ، فدفع بكر هذه الدعـــوى بـــأن عقد القسمة باطل لأن بعض الورثة لم يوقعوا عليه ومنهم الوارث لبائعه ، فقضت المحكمة له بتثبيت ملكيته لهذا القدر مؤسســـة قضاءها على أن عقد القسمة صحيح ملزم لجميع الورثة ومن تلقوا حقوقا عينية منهم ، وأنه على فرض أن الوارث البائع لم يوقعـــه فـــإن بكرا كان ممثلا في الدعوى السابقة ولم يبد اعتراضا

على العقد عندما بحثته المحكمة في مواجهته وأن زيدا حين اشترى مـــن ذلك الوارث البائع كان الوارث مالكا على الشيوع فكان بيعه متوقفا على نتيجة القسمة ومادام المبيع لم يقع في نصيبه فلا يكون لبيعه أثر ، فهذا الحكم لاخطأ فيه . أما الطعن عليه بمقولة أنه أخطأ إذ اعـــتد بعقد القسمة مع أنه لم يكن مسجلا فلا يجوز الاحتجاج به قبل من تلقوا حقوقا عينية من الورثة بعقود مسجلة وبأنه لم يلق بالا إلى أن هذه القسمة باطلة بالنسبة إلى بكر لأنها قد حصلت في غيبته هـــو وزيد البائع له ، فهو طعن مردود ، مادام كل ما أثاره بكر من مـــنازعة لدى محكمة الموضوع في عقد القسمة انحصر في أنه لم يوقع عليه الوارث الذى باع لزيد الذى باع له فهو غير ملزم له وما رد به الحكم على هذه المنازعة كاف ولا خطأ فيه ، أما ما عدا ذلك ممـــا لم يقدم دليل على سبق التمسك به لدى محكمة الموضوع فلا يعتد به ".

(طعن رقم ٤ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥١/١٢/٦)

٤- " عقـــد القسمة النهائية الذى يوقعه بعض الشركاء لايعتبر باطلا لعدم توقيعه من جميع الشركاء بل يعتبر ملزما لكل من وقعه ولايجـــوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عـــن التوقـــيع بل يظل العقد قائما وللشريك الذى لم يوقعه أن يقره متى شاء ".

(طعن رقم ٧٨ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٥/١٩)

٥- " حق الشريك في إقرار عقد القسمة الذى لم يكن طرفا فيه يظل قائما له ما بقيت حالة الشيوع ويكون لورثته من بعده ، ذلك أن عقـد القسـمة لـيس من العقود التى لشخصية عاقديها اعتبار في إبرامها لأنها لو لم تتم بالرضا جاز إجراؤها قضاء ، ولايحول دون مباشـرة الورثـة لهذا الحق كون العقد الذى لم يوقعه أحد الشركاء ممـن خـص بنصيب مفرز فيه يعتبر بمثابة إيجاب موجه إلى ذلك الشـريك فلا خلافة فيه إذ هو في قصد من وقعه إيجاب لا لشخص الشـريك الآخـر بـالذات بل لكل من يتملك نصيبه ، ومن ثم فإنه لاينقضى بموت ذلك الشريك " .

(طعن رقم ٧٨ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٥/١٩)

٦- " عدم نفاذ عقد القسمة في حق الشريك المشتاع لعدم توقيعه عليه . التمسك به يكون للشريك الذى لم يوقع عليه أو خلفه " .

(طعـن رقـم ٧٧١ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/٦/٢٥- غير منشور- قرب طعن رقم ٥٣٧ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١٥)

٧- " عقـد القسـمة لايبطله عدم توقيع جميع الشركاء عليه . اعتـباره ملـزما لكـل من وقعه منهم . عدم جواز تحلل الشريك المتقاسم من التزاماته بحجة تخلف شريك آخر عن التوقيع على عقد القسمة . للأخير إقـراره متى شاء . مؤداه . انصراف أثره إليه . م ٨٣٥ مدنى " .

(طعن رقم ٢٧٤ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢١- غير منشور) [(١)]

٨- " مؤدى النص في المادة ٨٣٥ من القانون المدنى على أن " للشركاء إذا انعقد إجماعهم على أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها ... " أن القسمة التى لايجمع عليها الشركاء لايترتب عليها إنهاء حالة الشيوع إلا أن عقد القسمة الذى يوقعه بعضهم ... وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لايعتبر باطلا وهو وإن كان لايصلح للاحتجاج به على من لم يوقعه إلا أنه يعتبر ملزما لكل من وقعه ولايجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن التوقيع ويظل العقد قائما وللشريك الذى لم يوقعه الحق في إقراره متى شاء فينصرف أثره إليه " .

(طعن رقم ٢٧٣٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٢/٢/٢٠)

٩- " وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أن نص المادة ٨٣٥ من القانون المدنى على أن الشركاء إذا انعقد إجماعهم ، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها ..." مؤداه أن القسمة التى

---

(١) وقد قضى بأن: " عدم توقيع جميع الشركاء على عقدى القسمة وكونها لاتصلح للاحتجاج بها على الطاعنين ليس من شأنه أن يحول دون وضع يد المطعون عليهم- شركاؤهم فى الملكية على الأطيان موضوع العقدين- وضعاً مؤديا لكسب الملك ، ولايمنع من أن يتخذ الحكم من هذين العقدين قرينة على ثبوت وضع اليد ، تضاف إلى أقوال شاهدى الإثبات " .

(نقض طعن رقم ٢٥٥ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٦/٢٤)

لايجمع عليها الشركاء لايترتب عليها إنهاء حالة الشيوع إلا أن عقد القسمة الذى يوقعه بعضهم- وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة- لا يعتـبر بـاطلا وهو وإن كان لايصلح للاحتجاج به على من لم يوقعه إلا أنه يعتبر ملزما لكل من وقعه ولايجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن التوقيع ويظل العقد قائما وللشـريك الـذى لم يوقعه الحق في إقراره متى شاء ويكون ذلك لورثته من بعده .... إلخ ".

(طعن رقم ٢٤٦١ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٣/٢٩)

لا يسـتثنى ممـا تقدم إلا أن يتضمن الاتفاق على القسمة بين الشـركاء شـرطا بحـق الـرجوع في الرضاء إذا لم يوافق باقى الشركاء في أجل معين ، أو يرجع من رضى من الشركاء بالقسمة عن اتفاقهم مع إخطار الشركاء الذين لم يكونوا طرفا فيه ، شريطة أن يقع هذا الرجوع قبل صدور إقرار بقية الشركاء [١].

أما لو استأثر المتفقون بكل المال الشائع وقسموه بينهم – عمدا أو سهوا – فإن القسمة تكون باطلة [٢].

---

(١) أحمد سلامه ص ٣٧٦ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ١١٨٣ هامش (١) – أحمد سلامه ص ٣٧٦ هامش(١).

٧٨- القسمة المعلقة على شرط واقف أو فاسخ :

القســمة عقد كسائر العقود ، ومن ثم يجوز تعليق القسمة على شــرط واقــف ، كأن يتفق الشركاء على تعليق القسمة على ثبوت ملكية أحد أعيان المال الشائع لأحد الشركاء .

كمــا يجــوز تعليق القسمة على شرط فاسخ كأن يتفق الشركاء علــى انفســاخ القسمة إذا استحق جزء من أعيان المال الشائع. أو كــأن يعلقوا القسمة على تحول المال الشائع من أرض زراعية إلى أرض بناء خلال فترة معينة .

كما يجوز في حالة اتفاق بعض الشركاء فقط على القسمة دون باقى الشركاء تعليقها على شرط واقف هو موافقة الشركاء الذين لم يتفقوا معهم على القسمة .

٧٩- القسمة تحتاج إلى وكالة خاصة :

تــنص الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ مدنى على أنه : "لابد من وكالــة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، بوجه خاص فــي البــيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين و المرافعة أمام القضاء ".

ولما كان عقد القسمة من العقود التبادلية ومن التصرفات المالية الدائــرة بين النفع والضرر فإنه يلزم لإبرامه قيام وكالة خاصة أو وكالة عامة ينص فيها صراحة على تفويض الوكيل في إبرامه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" عقد القسمة من العقود التبادلية ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر. مؤداه . وجوب قيام وكالة خاصة أو وكالة عامة ينص فيها صراحةً على تفويض الوكيل في إبرامه."[١].

(طعن رقم ٢٧٤ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢١- غير منشور)

٨٠ ـ إثبات القسمة :

لما كانت القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود ، فإنها تخضع في إثباتها للقواعد العامة فى الإثبات ، فإذا كانت قيمة المال الشائع محل القسمة تزيد على خمسمائة جنيه – وهذا هو الغالب – فلا يجوز إثبات القسمة إلا بالكتابة أو ما يقوم مقام الكتابة .

فإذا لم تزد قيمة المال الشائع محل القسمة على خمسمائة جنيه فإنه يجوز إثبات القسمة بالبينة والقرائن (م ٦٠ من قانون الإثبات معدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩) .

والمعلوم أن قواعد الإثبات مما لا يتعلق بالنظام العام . ويجب التمسك بعدم جواز الإثبات بالبينة في الحالات التى لايجوز فيها ذلك من الخصم .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض أيضا بتاريخ١٩٦٢/٥/٣ فى الطعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢٦ ق بأن عقد القسمة من العقود التبادلية التى تتقابل فيها الحقوق ، ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود فتخضع في الإثبات للقواعد العامة ، فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها إذا زادت قيمة المال المقسوم على عشرة جنيهات " [١].

(طعن رقم ١٥١ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٠)

(أنظر فى إثبات القسمة الفعلية البند التالى) .

٨١ـ القسمة الفعلية :

القسمة الفعلية قسمة تقوم على التراضى دون اتفاق صريح عليها ، فهى تقع عن طريق التعبير الضمنى عن الإرادة .

وهذه القسمة تسمى بالقسمة الضمنية ، وقد أطلقت عليها محكمة النقض – كما سنرى – القسمة الفعلية .

والتراضى الضمنى الذى يؤدى إلى القسمة الفعلية هو ذلك الذى يستخلص من ظروف الحال ، ويعتبر هذا الاستخلاص مسألة موضوعية .

ومثال القسمة الضمنية أو الفعلية أن يتصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته ، فيحذو حذوه كل الشركاء وتتتابع تصرفاتهم حتى إذا قام آخرهم بإبرام تصرفه وقعت القسمة .

---

(١) أصبح النصاب ما يزيد على خمسمائة جنيه الآن بموجب المادة ٦٠ من قانون الإثبات معدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ .

وهــذه القسمة تنطبق عليها القاعدة العامة في وجوب التسجيل للاحــتجاج بهــا على الغير- كما سنرى- على أنه يكفى في هذا ، نظــرا للطبــيعة الخاصـــة للقســمة الفعلية ، أن تكون التصرفات المتــتابعة الــتى قــام بها الشركاء الواحد بعد الآخر قد تم تسجيلها جميعا[1].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كــان الحكم قد استظهر مما استعرضه من التصرفات الصادرة من الورثة في أوقات مختلفة ، ومما ذكره بعضهم في عقد صادر منه ببيع بعض ما اختص به من أنه يملك القدر المبيع بمضى المــدة الطويلة استظهر من ذلك أن الورثة اقتسموا الأرض المخلفة عن مورثهم ، وأن كل واحد منهم وضع يده على حصة مفرزة من الــتركة بصــفته مالكا المدة المكسبة للملكية ، ثم رتب على القسمة الــتى قال بها ، ولو أنها لم تكن بعقد مسجل ، نتائجها القانونية فى حــق الغــير ، فلم يعول على ما كان من أحد الورثة من رهنه إلى أحد دائنيه أرضا شائعة لا يملك منها شيئا بمقتضى القسمة ، فإنه لا يكون قد خالف القانون في شيء ".

(طعن رقم ٢٢ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٢/١٢/٢٤)

---

(١) السنهورى ص ١١٨٤ ومابعدها- أحمد سلامه ص ٣٧٥- عبد المنعم الصده ص ٢٢٤- منصور مصطفى منصور ص ١٨٤- إسماعيل غانم ص ١٨٢ .

٢- " إذا طلـب بعـض الورثــة تثبيت ملكيته لنصيبه شائعا ، وتبينت المحكمة من تقرير الخبير الذى ندب في الدعوى أنه بعد أن تصرف أحد الورثة في جزء محدود من الأطيان المخلفة عن المورث تصرف سائرهم بالبيع في أنصبتهم محددة . كذلك وتسلم المشترون مـنهم مـا اشـتروه ووضعوا اليد عليه محددا ، وأصبحوا جميعا لايملكـون شيئا في هذه الأطيان ، ثم رأت أن تصرف سائر الورثة علـى هذه الصورة فيه إجازة لما تصرف فيه ذلك الوارث وأن هذا التصرف وقع صحيحا لأنه فى حدود القدر الذى يملكه بالميراث ، ولذلك قضت برفض الدعوى فقضاؤها سليم ولايمنع من صحة هذا النظر أن يكون تصرف من عدا الوارث الأول لاحقا لتصرفه، لأن تصـرفه هـذا مـا كـان ليرغمهم على قبوله بل لقد كان لهم حق الاعـتراض علـيه قانونـا ، وماداموا هم قد تابعوه وتصرفوا في أنصـبتهم علـى التحديد كما فعل هو فإن تصرفهم هذا يدل على رضـائهم بهـذه القسمة الفعلية التى تمت بفعل جميع الورثة على السواء " .

(طعن رقم ٣٩ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٤/١٢/٢١)

٣- " إذا قضت المحكمة لبعض الملاك المشتاعين بملكية بعض الأعيان المشتركة مفرزة ، وبنت حكمها على أن كلا منهم قد استقل بوضـع يـده على جزء معين من الملك الشائع حتى تملكه بمضى

المـــدة مستدلة على ذلك بالبينة والقرائن فهذا الحكم لايعتبر مؤسسا علـــى التقرير بوقوع تعاقد على قسمة بين الشركاء ، ولذلك لايصح الـــنعى علــيه أنه قد خالف القانون إذ هو لم يستند إلى دليل كتابى على القسمة " .

(طعن رقم ٤٢ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٤/٤)

٤- " حالـــة الشـــيوع بين الشركاء لا تنتهى إلا باتجاه إرادتهم جمـــيعا إلـــى قســـمة المـــال قسمة نهائية ، وإذن فمتى كان الحكم المطعـــون فيه إذ قرر عدم حصول قسمة فى العقار المشفوع به قد أقام قضاءه على ما حصلته المحكمة تحصيلا سائغا من أن الأعمال الماديـــة التى أثبتها خبير الدعوى - استحداث مبان بالمنزل - غير قاطعـــة فـــي إفـــادة هذا المعنى ووجدت في تقرير الخبير وأوراق الدعـــوى مـــا يكفى لتكوين عقيدتها دون حاجة إلى الاستعانة برأى خبـــير آخر فإن النعى على الحكم بالقصور في التسبيب استنادا إلى أنـــه لـــم يرد على المطاعن التى وجهها الطاعن إلى الخبير وإلى أعماله ولأنه مسخ محضر مناقشة الخبير هذا النعى يكون في غير محله ".

(طعن رقم ٢٩ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٥/٣١)

٥- " لكل من الشركاء على الشيوع حق تأجير المال الشائع كله أو بعضـــه مـــن غـــير أن يعتبر ذلك دليلا على حصول قسمة هذا

المـــال، وإذن فمــتى كان الطاعن في مقام الاستدلال على حصول قســمة العقـــار المشفوع به قد تمسك بأن المطعون عليه الأول قد عــرض على مجلس المديرية تأجير قسم مفرز معادل لنصيبه من هــذا المنزل غير مجاور للمنزل المشفوع فيه واستدل على ذلك بما ورد بمحضـــر انتقال المحكمة إلى هذا المجلس ، وكان الثابت من هــذا المحضـــر أنـــه وإن كان المنزل الذى عرض المطعون عليه الأول تأجيره على المجلس معادلا لنصيبه فى العقار المشفوع به إلا أنـــه لا يوجد في الأوراق ما يفيد وجود حدود له ولا حصول قسمة بيـــن الورثـــة ، وكان الحكم المطعون فيه قد قرر أنه لا يمكن من الاطـــلاع علـــى محضر الانتقال معرفة ما إذا كان المبنى المجاور للمنزل المشفوع فيه أو جزء منه فقط ، فإن النعى عليه القصور في التســبيب اســـتنادا إلى أنه مسخ محضر الانتقال فيما استنتجه منه يكون على غير أساس متى كان طلب التأجير خاليا من بيان حدود العقار المراد تأجيره أو ما يفيد حصول قسمة المنزل " .

(طعن رقم ٢٩ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٥/٣١)

٦-" علـــى أنـــه إذا كان مرمى دفاع الطاعن الذى أبداه أمام محكمـــة الموضوع هو حصول قسمة فعلية مما يجوز إثباتها بالبينة فـــإن الحكم المطعون فيه قد نفى حصول أية قسمة اتفاقية بين جميع الورثة بقوله " وينقض هذا الدفاع أن أخ المستأنف عبد الحميد عبد

الرازق سبق أن رفع على المستأنف (الطاعن) في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ الدعوى ٣١٧ سنة ١٩٤٩ مدنى كلى المنصورة يطلب فيها نفس طلبات المستأنف عليهم (المطعون ضدهم) في الدعوى الحالية وقضـــى له ابتدائيا ببطلان عقد البيع المسجل في أول مارس سنة ١٩٤٤ وانتهت الدعوى صلحا في الاستئناف الأمر الذى يدل على أن إخـــوة المســـتأنف بمجرد وفاة والدهم لم يرتضوا نفاذ هذا العقد المســـجل بالنسبة لهم " وهذا الذى قرره الحكم المطعون فيه يفيد أن المحكمـــة رأت فـــى أوراق الدعوى والأدلة المقدمة فيها ما يكفى لتكويـــن عقـــيدتها بعدم حصول أية قسمة اتفاقية بين جميع الورثة وعدم رضائهم بنفاذ عقد الطاعن وذلك بغير حاجة لإجراء التحقيق الذى طلبه الطاعن وهذا من حق محكمة الموضوع " .

(طعن رقم ١٥١ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٠)

٧- " القســـمة الفعلية تتحقق فى صورة ما إذا كان تصرف أحد المـــلاك المشتاعين في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته ، ثـــم يـــنهج نهجه سائر الشركاء ويتصرف كل منهم في جزء مفرز يعـــادل حصـــته فـــى المال الشائع ، فيستخلص من تصرفاتهم هذا ضـــمنا أنهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذى تصـــرفوا على مقتضاه ، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذى سبق له أن تصرف فيه . وإذ كان الثابت من الحكم المطعون

فـــيه أن التصـــرفات التى تمت بعد صدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ لـــم يقم بها الشركاء جميعا في الأعيان التى كانت موقوفة، وإنمـــا صدرت من بعضهم دون البعض الآخر ، فإنه لايتوافر بها حصول قسمة فعلية بين هؤلاء الشركاء " .

(طعن رقم ٢٩٣ لسنة ٣٦ ق جلسة ٢٦ يناير ١٩٧١)

الإجراءات الواجب اتباعها عند إجراء القسمة فى حالة وجود ناقص الأهلية بين الشركاء المشتاعين

٨٢ ـ المقصود بناقص الأهلية :

نصت المادة ٨٣٥ مدنى على أن للشركاء إذا انعقد إجماعهم ، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها . فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التى يفرضها القانون.

والمقصود بناقص الأهلية ، القاصر أو المحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، أو الغائب .

وقد أوجبت المادة اتباع الإجراءات التى يفرضها القانون في حالة وجود من هو ناقص الأهلية ولم تحدد القانون الذى يجب اتباعه .

والمقصود هو المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال ، فهو الذى ينص على الأحكام المنظمة لرعاية حقوق ناقصى الأهلية وقد تضمن المرسوم بقانون المذكور فى هذا الشأن نص المادتين ٤٠ ، ٧٩ .

وقد قصد من الإجراءات الواردة بهاتين المادتين – كما سنرى– حماية ناقص الأهلية عند إجراء القسمة ، فقد تكون هذه القسمة ضارة أو مجحفة به . وقد اعتبر المشرع القسمة – لخطورتها– من أعمال التصرف وليس من أعمال الإدارة المعتادة التى يستقل بها الوصى .

٨٣ ـ النصان القانونيان :

المادتان ٤٠، ٧٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال .

مادة (٤٠) :

"على الوصى أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضى إذا كانت له مصلحة في ذلك فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التى تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجبة الاتباع . وعلى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية .

وفى حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص .

ولهذه المحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم في جلسة تحدد لذلك .

وإذا رفضت التصديق تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم .

ويقوم مقام التصديق الحكم الذىتصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص " .

مادة (٧٩) :

"يسرى في شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى فى شأن مال القاصر من أحكام ".

الأحكام الواردة بالنصين :

٨٤ـ أولاً : وجوب استئذان الوصى أو مـن فى حكمه المحكمة في قسمة أموال ناقص الأهلية :

أوجبــت المادة ٤٠ على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مـــال القاصـــر بالتراضى إذا كانت له مصلحة فى ذلك ، فقد يرى الوصى أنه لا مصلحة للقاصر فى القسمة، أو أنها ضارة به فيرفض مـــن تلقاء نفسه إجراء القسمة ، فلا يكون ثمة وجه للجوء الوصى إلى المحكمة .

فـــإذا رأى الوصــــى أن للقاصر مصلحة فى القسمة فإنه يتعين عليه استئذان المحكمة المختصة فى قسمة أموال القاصر .

ونشير إلى أنه ليس معنى العبارة الواردة فى نهاية المادة ٨٣٥ مدنـــى الـــتى توجب مراعاة الإجراءات التى يفرضها القانون ، أنه يكـــون مـــن المتعين التجاء الوصى إلى القسمة القضائية إذا رأى قســـمة مال القاصر كما تذهب إلى ذلك المذكرة الإيضاحية للتقنين المدنـــى [1]. وإنمـــا معـــناها هـــو وجوب مراعاة الإجراءات التى

(١) فقـــد جـــاء بها : " إذا تقرر القسمة ولم يكن فى الشركاء من هو ناقص الأهلـــية ، فلهم أن يتفقوا عليها وتكون القسمة في هذه الحالة عقدا يسرى علـــيه من الأحكام ما يسرى على سائر العقود . أما إذا لم ينعقد الإجماع فـــيما بيـــنهم ، أو كان فيهم من هو ناقص الأهلية وجب اتباع إجراءات القسمة القضائية " – مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٦ ص ١٠٥ .

يفرضها القانون المنظم لأحكام الولاية على المال ، فاتباع إجراءات القسمة القضائية لا يكون إلا حيث تأمر بذلك المحكمة التى يستأذنها الوصى في الاتفاق على القسمة كما سنرى [١].

والمشرع – كما أوضحنا سلفا – اعتبر القسمة من أعمال التصرف نظرا لخطورتها .

وما يسرى على الوصى يسرى على القيم على المحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، وعلى وكيل الغائب ، فقد نصت المادة ٧٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن يسرى في شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى في شأن قسمة مال القاصر من أحكام .

٨٥ ـ هل يتعين على الولى الشرعى استئذان المحكمة فى قسمة أموال ناقص الأهلية ؟

لايسرى الالتزام المنصوص عليه في المادتين ٨٣٥ مدنى ، ٤٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ سالفتى الذكر على الولى الشرعى إذا كان هو الأب، فلا يلتزم بأستئذان المحكمة في قسمة أموال ناقص الأهلية لأن المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أطلقت يد الأب في التصرف في أموال القاصر عدا بعض القيود التى أوردتها ، ليس من بينها قسمة مال

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٨٢ .

القاصـــر ، فقـــد نصت على أن : " يقوم الولى على رعاية أموال القاصر وله إدارتهاوولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون " .

أمـــا إذا كـــان الولى هو الجد فإنه يلتزم باستئذان المحكمة شأن الوصى لأن المادة ١٥ من المرسوم بقانون المذكور تنص على أنه: " لايجــوز للجـــد بغير إذن المحكمة التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها " .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"النص في المادة ٨٣٥ من القانون المدنى على أن : " للشركاء إذا انعقد إجماعهم ، أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها ، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التى يفرضـــها القـــانون " وفى المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أن : " يقوم الولى علـــى رعاية أموال القاصر وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون " وفى المادة ٤٠ منه على أن : " علـــى الوصـــى أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضـــى " يـــدل مـــع خلو نصوص هذا القانون من قيد مماثل بالنسبة للولى في مجال القسمة ، على أن يجرى القسمة بالتراضى عـــن أولاده القصر دون حاجة لاستئذان محكمة الأحوال الشخصية أو الحصول على موافقتها على مشروع تلك القسمة " .

(طعن رقم ٧٠٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/١١/٦)

٨٦ ـ سلطة المحكمة في الإذن بإجراء القسمة :

إذا رأت المحكمة أن لناقص الأهلية مصلحة في القسمة كان لها أن تأذن للوصى ومن في حكمه بإجرائها .

وإذا أذنت المحكمة بإجراء القسمة عينت للوصى ومن في حكمه ما تراه لازما لحماية مصالح غير كامل الأهلية من أسس وإجراءات .

وبعد أن تتم القسمة يجب على الوصى ومن في حكمه عرض عقد القسمة على المحكمة للتثبت من عدالة القسمة وأنها تمت طبقا للأسس والإجراءات التى قررتها ، فإذا تحقق لها ذلك قررت اعتماد القسمة .

وللمحكمة مع هذا أن ترفض القسمة وأن تكلف الوصى ومن في حكمه باتخاذ إجراءات القسمة القضائية ، فتكليف الوصى ومن في حكمه باتخاذ إجراءات القسمة القضائية هو أمر يخضع لتقدير المحكمة .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ في هذا الشأن ما يأتى :

" ولما كانت القسمة تصرفا له خطره فقد أوجبت المادة ٤٠ على الوصى أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضى إذا كانت له مصلحة في إجرائها على هذا النحو ولم يكن هناك بد من إحاطة هذه القسمة بضمانات لحماية مصلحة القاصر . ولذلك

نصـــت المادة نفسها على أنه يتعين على المحكمة إذا أذنت أن تبين الأســـس التى تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجبة الاتباع كما أوجبـــت على الوصـى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها وتركت أخيرا للمحكمة حرية تقدير وجوب الالتجاء إلى إجراءات القسمة القضائية في جميع الأحوال " .

٨٧ ـ جـزاء عـدم استئذان الوصى ومن في حكمه المحكمة في إجراء القسمة الاتفاقية :

إذا تمت القسمة بغير مراعاة القواعد السابقة والمنصوص عليها فـــي المـــادة ٤٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ سواء بعـــدم حصـــول الوصـــى أو القيم أو وكيل الغائب بداءة على إذن المحكمـــة بالقســـمة ، أو بعـــدم عرضه نتيجة القسمة عليها لتأمر باعـــتمادها ، فقد ذهبت محكمة النقض – فى أحكام صريحة لها – وأيدها بعض الشراح[١] إلى أن القسمة تكون قابلة للابطال لمصلحة ناقص الأهلية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١– " إجراء القسمة بالتراضى جائز ولو كان بين الشركاء من هـــو ناقص الأهلية ، على أن يحصل الوصى أو القيم على إذن من الجهـــة القضائية المختصة بإجراء القسمة على هذا الوجه وعلى أن

---

(١) السنهورى ص ١١٨٩ ومابعدها – عبد المنعم الصده ص ٢٢٣ .

تصدق هذه الجهة على عقد القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذا في حــق ناقص الأهلية . وإذا كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هــذه الإجــراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن في حكمه جتى لايتعاقد الوصى أو القيم على تصرف ليس له فى الأصل أن يستقل به ، فإن هذا البطلان يكون نسبيا لايحتج به إلا ناقص الأهلية الذى يكــون له عند بلوغه سن الرشد إن كان قاصرا أو عند رفع الحجر عنه إن كان محجورا عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة الحاصلة بغير اتباع هذه الإجراءات " .

(طعن رقم ١٩٠ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١/٢٣)

٢- " الــبطلان المترتــب على عدم اتباع الإجراءات الواجب اتــباعها بالنســبة للشركاء القصر في عقد القسمة هو بطلان نسبى لايحق لغير من شرع لمصلحته من الشركاء التمسك به ".

(طعن رقم ٣٧٤ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١١/٦)

٣- " استصدار إذن محكمة الأحوال الشخصية للنائب عن ناقص الأهلــية لــيس بشرط للتعاقد أو التصرف وإنما قصد به – على ما جــرى به قضاء هذه المحكمة – إلى رعاية حقوق ناقصى الأهلية والمحافظــة على أموالهم بالنسبة لتصرفات معينة ولهم وحدهم بعد بلوغهم سن الرشد الحق في إبطال هذه التصرفات " .

(طعن رقم ٣٧٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٢٥) [١]

---

(١) وفي رأينا أن عقد القسمة- في الحالة محل البحث- لايكون قابلا للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية ، وإنما هو صحيح غير نافذ في حقه لأن البطلان لايكون إلا في العلاقة بين طرفي العقد والنائب الذى يتجاوز حدود نيابته يكـون في حكم الغير ، كما أن العقد في حالتنا هذه لاينتج أثره من وقت حدوثـه علـى خلاف البطلان النسبى إذ ينتج العقد جميع آثاره من وقت حصوله على أن تزول هذه الآثار إذا تقرر بطلانه .

وقد أخذت بهذا الرأى المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ إذ جـاء بها : " وبديهى أن عدم الحصول على إذن المحكمة فى جميع الحالات التى يشترط فيها القانون ذلك يجعل تصرف الولى أو عقده بوجه عام غير نافذ في حق الصغير لانتفاء الولاية ".

وقد أخذت محكمة النقض أيضا بهذا الرأى فى بعض أحكامها إذ قضت بأن:

١- " نـيابة الولـى عـن القاصر هى نيابة قانونية ، ويتعين عليه حتى ينصـرف أثـر العمل الذى يقوم به إلى القاصر أن يكون هذا العمل في حدود نيابته أما إذا جاوز الولى هذه الحدود فإنه يفقد صفة النيابة ولاينتج العمـل الذى قام به أثره بالنسبة إلى القاصر ولايجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بقدر المنفعة التى عادت عليه بسببها " .

(طعن رقم ٥٠٨ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/١/٣١)

٢-"نيابة الوصى عن القاصر هى نيابة قانونية ينبغى أن يباشرها – وفقا لما تقضـى بـه المـادة ١١٨ من القانون المدنى – في الحدود التى رسمها القانون. ولما كان النص فى المادة ٣٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال قد حظر على الوصى مباشرة تصرفات

(أنظر أيضا الأحكام التالية المنشورة في هذا البند والبند التالى)

كما قضت المحكمة بشأن عقد المقايضة بأنة :

" إذا كـان الحكـم المطعـون فيه قد اعتبر عقد المقايضة التى عقدتـه الوصـية بدون إذن المحكمة الحسبية هو عقد باطل بطلانا نسـبيا يصـح بإجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد وجعل الإجازة تستند إلى التاريخ الذى تم فيه العقد فإنه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح ".

(طعن رقم ١٠٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١/٢١)

معينة إلا بإذن المحكمة ، من بينها جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حـق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زوالـه ، وكذلـك جميع التصرفات المقررة لحق من هذه الحقوق، فإنه ينبنى على ذلك أن الوصى إذا باشر تصرفا من هذه التصرفات دون إذن المحكمة يكون متجاوزاحدود نيابته ويفقد بالتالى في إبرامه لهذا التصرف صفة النيابة فلا تنصرف آثاره إلى القاصر " .

(طعن رقم ٨٧٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٢/٥/١٣)

وقد رأينا أن نعرض للأحكام التفصيلية لجزاء عدم استئذان الوصى ومن فـي حكمـه المحكمـة في إجراء القسمة الاتفاقية ، على أساس الأحكام الصريحة الصادرة من محكمة النقض فى القسمة الاتفاقية والتى اعتبرت هذه القسمة باطلة بطلانا نسبيا .

وإذا أبـــرم القاصـــر نفسه عقد القسمة ، فإن عقد القسمة يكون قـــابلا للإبطال لمصلحته لأن القسمة من التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، والتى يلزمها أهلية التصرف .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " عقد القسمة من العقود التبادلية التى تتعادل فيها الحقوق ، ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ومن ثم فإذا كان أحـــد أطرافها قاصرا فإن عقد القسمة يكون قابلا للإبطال لمصلحته ويـــزول حـــق التمسك بالإبطال بإجازته التصرف بعد بلوغه سن الرشد " .

(طعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٣)

٢- " ثبوت القصر عند التعاقد كاف لقبول دعوى الإبطال ولو تجـــرد التصـــرف الدائر بين النفع والضرر من أى غبن مهما كان مقـــدار إفادة القاصر منه ولو لم يعلن القاصر قصره للمتعاقد الآخر أو أخفـــى حالته عنه أو ادعى كذبا بلوغه سن الرشد ، وسواء كان هذا المتعاقد يعلم حالة القصر أو يجهلها " .

(طعن رقم ٤٢٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٣/١٢)

ولايملـــك القاصر إجازة القسمة التى أجراها الوصى دون إذن المحكمـــة المختصـــة لأن هـــذه الإجازة تنطوى على إسقاط لحق لايملكها ناقص الأهلية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

إجـــازة العقـــد الباطل باعتبارها تصرفا قانونيا يتضمن إسقاطا لحق لايملكها ناقص الأهلية " .

(طعن رقم ٤٢٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٢/٣/١٩٨٠)

٨٨ ـ بطلان القسمة نسبى مقرر لمصلحة ناقص الأهلية :

الـــبطلان الـــذى يلحـــق القســـمة التى لاتتبع فيها الإجراءات المنصـــوص عليها بالمادتين ٨٣٥ مدنى ، ٤٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، بطلان نسبى شرع لمصلحة ناقص الأهلية حـــتى لايـــتعاقد الوصـــى ومن فى حكمه على تصرف ليس له في الأصل أن يستقل به .

ومـــن ثم لايحتج بهذا البطلان إلا ناقص الأهلية ، عملا بالمادة ١٣٨ مدنـــى التى تقضى بأنه : " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد ، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق" .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات قـــد شرع لمصلحة القاصر ومن فى حكمه حتى لايتعاقد الوصى أو القـــيم علـــى تصـــرف ليس له في الأصل أن يستقل به ، فإن هذا البطلان يكون نسبيا لايحتج به إلا ناقص الأهلية الذى يكون له عند بلوغـــه سن الرشد إن كان قاصرا أو عند رفع الحجر عنه إن كان

محجورا عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة الحاصلة بغير اتباع هذه الإجراءات ".

(طعن رقم ١٩٠ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١/٢٣)

٢- " البطلان المترتب على عدم اتباع الإجراءات الواجب اتباعها بالنسبة للشركاء القصر في عقد القسمة هو بطلان نسبى لايحق لغير من شرع لمصلحته من الشركاء التمسك به " .

(طعن رقم ٣٧٤ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١١/٦)

٣- " العقد القابل للإبطال بسبب نقص الأهلية أو لعيب شاب الإرادة له وجود قانونى إلى أن يتقرر بطلانه ، ولايستطيع أن يطلب إبطاله سوى من تقرر البطلان لمصلحته- ناقص الأهلية أو من شاب إرادته عيب - لما كان ذلك .... الخ ".

(طعن رقم ٧٩٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/٢/٢١)

وبالترتيب على ذلك لايجوز لغير القاصر من الشركاء المشتاعين الذين وافقوا على القسمة ، التمسك بإبطال عقد القسمة لعدم اتخاذ الإجراءات سالفة الذكر .

ولا يستطيع دائن القاصر أو خلفه الخاص أن يطلب إبطال العقد بمقتضى حق مباشر لهما، ولكن يستطيعان ذلك باعتبارهما دائنين له يستعملان حقه في إبطال القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة[1].

ولكن إذا توفى القاصر انتقل حقه فى إبطال العقد إلى ورثته .

---

(١) السنهورى الوسيط في شرح القانون المدنى جـ١ طبعة ثانية ١٩٦٤ ص ٥٨٢ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كانت التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر مثل التصرف بالبيع - قابلة للإبطال لمصلحة القاصر - كما هو حكم المادة ١١١ من القانون المدنى فإن للقاصر في حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانونا ، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفا عاما له يحل محل سلفه في كل ماله وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التى كانت لسلفه . وإذ كان موضوع طلب الإبطال تصرفا ماليا فإنه بهذا الوصف لا يكون حقا شخصيا محضا متعلقا بشخص القاصر بحيث يمتنع على الخلف مباشرته".

(طعن رقم ٤٢ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/٢/٢٧)

٨٩ ـ تقرير البطلان باتفاق أو حكم :

العقد القابل للإبطال له وجود قانونى وينتج جميع آثاره القانونية[١]، ولايبطل إلا إذا تقرر البطلان بالتراضى أو التقاضى وذلك بعكس العقد الباطل ، فالعقد الأخير لاينعقد أصلا ولاتكون هناك حاجة إلى إيقاع بطلانه فالبطلان حاصل من تلقاء نفسه، غير أنه إذا نوزع في البطلان كان لا مناص من رفع الأمر إلى القضاء لتقرير هذا البطلان [٢].

---

(١) الدكتور محمود جمال الدين زكى مشكلات المسئولية المدنية جـ١ ١٩٧٨ ص ١٧٧.

(٢) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى نظرية العقد والإرادة المنفردة ١٩٨٤ ص ٤٦٨ وما بعدها ص ٤٨٠ .

والتراضي يكون بين المتقاسمين ، بعد أن يزول سبب نقص الأهلية ، كبلوغ القاصر سن الرشد القانوني وهو ٢١ سنة ميلادية كاملة ، أو رفع الحجر عن المجنون أو المعتوه أو السفيه ...الخ.

وإذا لم يتم التراضي عن إبطال العقد – وهذه هي الحالة الغالبة في العمل – فيكون إبطال العقد عن طريق رفع دعوى الإبطال من ناقص الأهلية بعد زوال نقص أهليته ، وصدور حكم بذلك .

والقاعدة أنه إذا طلب الإبطال من القاضي ممن تقرر لمصلحته، وتوافر له سببه ، وجب على القاضي أن يقضي به ، وذلك ما لم ينص القانون على خلافه .

فليس للقاضي كأصل عام سلطة تقديرية في إجابة طلب الإبطال، ولايستثنى من هذا الأصل إلا الحالات التي يقضي فيها القانون بخلافه ، والتي ليس من بينها الحالة محل البحث .

وكما يجوز إبطال العقد عن طريق الدعوى ، يجوز التمسك به عن طريق الدفع في دعوى مرفوعة ضد القاصر .

٩٠ـ سقوط دعوى الإبطال بالتقادم:

تنص المادة ١٤٠ مدني على أنه :

" يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات .

ويبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقص الأهلية من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب، وفى حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذى ينكشف فيه . وفى حالة الإكراه من يوم انقطاعه . وفى كل حال لايجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة وقت تمام العقد " .

فالدعوى بإبطال عقد القسمة التى ترفع من ناقص الأهلية يسقط الحق فيها بانقضاء ثلاث سنوات ، من تاريخ استكمال نقص الأهلية إذا كانت الدعوى مرفوعة من القاصر ، أو من تاريخ زوال سبب الحجر ، إذا كانت الدعوى مرفوعة من المحجور عليه .

٩١- آثار تقرير إبطال عقد القسمة :

تنص المادة ١٤٢ مدنى على أنه :

" في حالتى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل ومع ذلك لايلزم ناقص الأهلية ، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ".

ولبيان أثر تقرير إبطال عقد القسمة ، تجب التفرقة بين آثار الإبطال فيما بين المتعاقدين ، وآثار الإبطال بالنسبة للغير ، وهو ما نعرض له فيما يلى :

٩٢ ـ آثار تقرير إبطال عقد القسمة فيما بين المتعاقدين :

إذا تقرر إبطال عقد القسمة رضاء أو قضاء ، اعتبر العقد كأن لم يكن، وزال الوجود القانونى للعقد منذ إبرامه[1]، فيعود المتقاسمون إلى حالة الشيوع التى كانوا عليها قبل القسمة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " بطلان العقد . أثره . إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد إلا أن يكون ذلك مستحيلا . مؤداه . محو البطلان لكل أثر للعقد كان نتيجة اتفاق صريح أو ضمنى بين عاقديه ".

(طعن رقم ١٤٨٢ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٧/٦/٢٨- غير منشور)

٢- الأثر الرجعى لبطلان البيع أو إبطاله أو فسخه . مؤداه . إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ومنها رد المبيع إلى البائع شرطه . ألا تكون ملكية المبيع قد آلت إلى المشترى بسبب آخر من أسباب كسب الملكية ".

(طعن رقم ٢٢٩٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٢)

ومؤدى ذلك أن كل متقاسم يلتزم قبل الآخر بأن يرد له كل ما أخذه منه أو أن يؤدى له ما يعوضه عنه إذا استحال الرد عليه .

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٧٨.

فــإذا كانت القسمة بمعدل استرد المعدل من دفعه من الشركاء المتقاسمين مع فوائده القانونية من تاريخ المطالبة القضائية .

ولما كان حق الشركاء في ثمار المال الشائع يكون بقدر حصة كــل مــنهم ، فإنه تحسب ثمار المال الشائع كلها من تاريخ القسمة ويعــاد تقســيمها على الشركاء كل بقدر نصيبه ، وفى هذه الحالة يلــتزم من تقاضى من الشركاء ثمارا تزيد على حصته بأن يردها إلى الشركاء الآخرين .

ولا صــعوبة فى تحديد الأساس الذى يقوم عليه الالتزام بالرد، إذا كان الشئ الذى تسلمه المتقاسم بمقتضى عقد القسمة الذى أبطل باقيا بذاته لم يهلك أو يتلف إذ أن ذلك الأساس يتمثل في تسلم غير المستحق أو دفع غير المستحق ، فنتيجة الأثر الرجعى لإبطال العقد يعتبر كل متعاقد أنه أخذ ما أعطاه إياه المتعاقد الآخر، من غير أن يكون له حق فيه ، ومن ثم يلتزم برده إليه وهذا هو عين ما قضت به المادة ١٨٢مدنى بقولها : " يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفــاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق " [١].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٩١ –السنهورى جــ١ ص ٥٨٨ ومابعدها– محمود جمال الدين زكى ص ١٧٨ – ويذهب الدكتور السنهورى هامش (٤) مــن الصحيفة السابقة ، إلى أن الشيء محل التعاقد إذا كان قد هلك

أمـــا إذا أصـــبح إعـــادة الحال إلى ما كانت عليه وقت القسمة مســـتحيلا ، كأن تكون القسمة قد تمت بطريق التصفية وبيع المال الشـــائع بالمـــزاد أو الممارسة ، أو كان المال محل القسمة منقولا وهلـــك فـــي يد الشريك الذى اختص به بمقتضى القسمة بخطأ منه حكـــم القاضى بتعويض معادل ، فيلزم برد قيمته وقت الهلاك طبقا لقواعـــد المسئولية التقصيرية لا على أساس العقد الذى تقرر إبطاله باعتبار أن العقد الذى تقرر إبطاله واقعة مادية .

بقـــوة قاهـــرة فإن المتعاقد إذا كان حسن النية ، أى يعتقد أنه تسلم ما هو مســـتحق له ، فـــلا يكون مسئولا إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت علـــى هلاك العين وللمتعاقدين في جميع الأحوال استرداد الشيء التالف في الصورة التى آل إليها بعد التلف دون أن يتقاضى تعويضا عن التلف . أما إذا كان المتعاقد سيء النية أى يعلم أنه تسلم شيئا غير مستحق له التزم برد قيمته وقت الهلاك ولايعفيه من هذه المسئولية إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك ولو كان فى يد باقى المتعاقدين وذلك عملا بالمادة ١٨٥ مدنى- وقـــارن عـــبد الفـــتاح عبد الباقى ص ٤٩٢ فيرى أن يرد الالتزام بأداء التعويض العادل إلى تسلم غير المستحق أو دفع مالا يجب ، شأنه في ذلك شأن الالتزام برد الشيء ذاته . إذ أن من يتسلم ما ليس له حق فيه يتحمل بالضرورة تبعة هلاكه أو تلفه ، وإذا كان ذلك راجعا إلى سبب يعزى له. وإذا كان الالتزام بالرد نتيجة بطلان العقد يرجع فى أساسه إلى تسلم غير المستحق، لزم إعمال قواعد هذا النظام بالنسبة إلى الفوائد والثمار (م١٨٥) ، وبالنسبة إلى تبعة الهلاك ، مع مراعاة حسن النية وسوئها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" أساس الحكم بالتعويض المعادل- فى حالة إبطال العقد أو إبطالهمع استحالة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبله – إنما هو المسئولية التقصيرية ".

(طعن رقم ١٣٨ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/٦/٤)

٩٢- التزام ناقص الأهلية برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ عقد القسمة :

إذا أبطل عقد القسمة بسبب نقص الأهلية ، إما لأن الوصى أو من فى حكمه أبرمه دون استئذان المحكمة المختصة أو لأن القاصر نفسه هو الذى أبرمه ، فإنه يجب إعمال نص المادة ٢/١٤٢ مدنى التى تجرى على أنه : " ومع ذلك لايلزم ناقص الأهلية ، إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد " وهو تطبيق لمبدأ عام ورد النص عليه في المادة ١٨٦ مدنى في دعوى غير المستحق التى تقضى بأن " إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما إلا بالقدر الذى أثرى به " .

فلا يلزم ناقص الأهلية بالرد إلا على قدر النفع الحقيقى الذى عاد عليه، فلايلزم برد ما أضاعه أو أنفقه في غير مصلحته ، فناقص الأهلية يعامل برعاية أكبر من الرعاية التى يعامل بها كامل الأهلية

نظرا لنقص أهليته، ويعتبر هذا رجوع عن خاصية دفع غير المستحق التى تعتبر قيمة الإثراء بمقتضاها هى عين قيمة الافتقار ، ويعتبر المدفوع له قد أثرى بذات القيمة التى افتقر بها الدافع .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى أنه :

"... ولكن إذا كان من تسلم الشىء غير كامل الأهلية فلا يكون التزامه والتزام كامل الأهلية من حيث المدى بمنزلة سواء . فيجوز أن يلزم كامل الأهلية بما يربو على قيمة ما أثرى به ، وبوجه خاص في حالة ضياع الشىء (المادة ٢٥٦) وحالة التصرف فيه بسوء نية (المادة ٢٥٨) . أما ناقص الأهلية فلا يلتزم على النقيض من ذلك إلا بقيمة ما أثرى به ، ولو كان سىء النية ، ولايلزم بشىء ما إذا فقد ما تسلمه بحادث فجائى . وهو لايؤدى كذلك إلا ما قبض من عوض ، إذا تصرف فيما تسلم بسوء نية دون أن يلزم برد الشىء عينا أو بأداء قيمته على نحو ما يلزم بذلك كامل الأهلية.

وتستثنى من حكم القاعدة المتقدمة ، حالة تسلم ناقص الأهلية لشىء معين بالذات فهو يلزم برده عينا مادام قائما ولو أنه لم يثر منه ، باعتبار أنه لم يدخل في ذمته . وهذا هو ما قصد من التحفظ الخاص بالمادة ٢٥١ "[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٦١ ومابعدها .

وإذا كان ظاهر نص المادة ٢/١٤٢ يجعل الاسترداد في حدود المنفعة مقصورا على حالة نقص الأهلية وهو القاصر ثم السفيه وذو الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر عليهما ، إلا أن هذا الحكم يسرى أيضا على عديمى الأهلية ، وهم الصبى غير المميز ثم المجنون والمعتوه بعد تسجيل قرار الحجر . ذلك أن الحكم السابق – كما أوضحنا – لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق لقاعدة أهم وأشمل أوردتها المادة ١٨٦ مدنى [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" نيابة الولى عن القاصر نيابة قانونية ، ويتعين عليه حتى ينصرف أثر العمل الذى يقوم به إلى القاصر أن يكون هذا العمل فى حدود نيابته أما إذا جاوز الولى هذه الحدود فإنه يفقد صفته النيابية ولاينتج العمل الذى قام به أثره بالنسبة إلى القاصر ولايجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بقدر المنفعة التى عادت عليها بسببها".

(طعن رقم ٥٠٨ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/١/٣١)

٢- " تنص الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من القانون المدنى على أن ناقص الأهلية لايلزم – إذا أبطل العقد لنقص أهليته- أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ، مما يعنى أن الرد في هذه الحالة لا يكون واجبا إلا وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٩٣ .

وهــو ما نصت عليه المادة ١٨٦ من ذات القانون بقولها إنه إذا لم تــتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما إلا بالقدر الذى أثرى به ، بما يفصح عن أن المشرع قرر قصر التزام المثرى ناقص الأهلية بالرد على قدر النفع الحقيقى الذى عاد عليه فلا يلزم برد ما أضاعه أو أنفقه في غير مصلحته " .

(طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٥)

وينبنى على ما تقدم ما يأتى :

١- " إذا كــان المال الشائع محل القسمة منقولا، وتسلم القاصر نصـــيبه عينا معينة بالذات ، فهلكت العين أو تلفت أو ضاعت بغير خطئه ، لايكون ناقص الأهلية ملزما قبل الشركاء في المال الشائع.

أمـــا إذا كان الهلاك أو التلف أو الضياع قد وقع بخطئه ، فإنه يلتزم بالتعويض لأن ناقص الأهلية يلتزم بالخطأ [1].

٢- إذا تبرع ناقص الأهلية بالعين التى تسلمها دون حق، لايرجع الشركاء بشىء، لأن ناقص الأهلية لم ينتفع بالعين ، ولو كان سىء النية وقت أن تبرع .

٣- يعتبر ناقص الأهلية قد أفاد من الحصة التى تسلمها إذا كان قــد أوفى بها دينا عليه أو اشترى بها شيئا نافعا ولو قلت قيمة هذا الشىء بعد ذلك أو انعدمت بسبب طبيعى أو رمم به عقارا حتى لو

---

(١) حســين عامر وعبد الرحيم عامر المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية الطبعة الثانية ١٩٧٩ ص ١٥ .

هلـــك العقار بعد ذلك بقوة قاهرة ، أو بقى المال الذى أخذه في يده إلى وقت الرد [١].

٤- يعتـــبر نافعـــا للقاصـــر ما ينفقه في سبيل تعليمه أو مأكله وملبسه في الحدود المعقولة التى تناسب دخله .

٥- لايعتـــبر نافعـــا للقاصر ما ينفقه في ملاذه ومجونه أو في المقامرة أو في شراء أشياء ضارة أو غير مفيدة .

٩٤ـ عبء إثبات إثراء ناقص الأهلية :

يقـــع عـــبء إثـــبات إثراء ناقص الأهلية ومدى هذا الإثراء أو حصـــوله علـــى مـــنفعة ومـــدى هـــذه المنفعة على باقى الشركاء المشتاعين، ويجوز لهم إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية بما فـــيها البينة والقرائن. ولكن لايجوز الاستدلال على حصول الإثراء أو المـــنفعة لناقص الأهلية بالمستندات الممضاة منه لأنها هى أيضا باطلة [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" عـــبء الإثبات فى بيان أن ناقص الأهلية قد أثرى وفى تقدير مدى إثرائه يقع على الدافع الذى يطلب رد ما دفع ، فإن عجز عن الإثبات كان ذلك موجبا في ذاته لرفض طلبه " .

(طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٥)

---

(١) السنهورى جـــ١ ص ١٣٧٨ هامش (١) .

(٢) السنهورى جـــ١ ص ١٣٧٨ هامش (١) .

٩٥- (ب)- آثار تقرير إبطال عقد القسمة بالنسبة للغير :

لا يقتصر أثر إبطال عقد القسمة على الشركاء في المال الشائع المتقاسمين ، بل يمتد إلى الغير . وهو من رتب له أحد المتقاسمين حقـا عينـيا على الحصة التى آلت إليه بموجب العقد الذى أبطل ، فإذا كان القاصر قد رتب للغير حق ارتفاق على الحصة التى وقعت فـي نصيبه ثم تقرر إبطال العقد ، حق للشركاء المشتاعين استرداد هذه الحصة خالية من حق الارتفاق .

إلا أنـه يحـد من هذه القاعدة الاستثناء الوارد بالمادة ١٠٣٤ مدنى بالنسبة للرهن الرسمى والتى تقضى بأن: " يبقى قائما لمصلحة الدائـن المرتهـن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيـته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن " .

وكذلـك حكم المادتين ١٥ ، ١٧ من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسـنة ١٩٤٦ (المعـدل) الذى يستلزم الاحتجاج على الغير بـالحكم الصـادر بالبطلان أن يتم تسجيل الحكم أو صحيفة دعوى البطلان قبل تسجيل سند هذا الغير [١].

---

(١) فقد نصت المادة ١٥ على أنه: " يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فـي التصـرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى

كما يحد منها أن الغير قد يستفيد من قواعد حيازة العقار بالتقادم إذ لايقطعه في حقه سوى مطالبته برد العقار، وكذلك مبدأ حماية حائز المنقول حسن النية [١].

البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر الأصلى لم يشهر تسجل تلك الدعاوى .

ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية .

وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة " .

وتنص المادة ١٧ على أنه : " يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة ١٥ أو التأشير بها أن حق المدعى إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها ولايكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما في الفقرة السابقة .

ولايسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول " .

(١) محمد كمال عبد العزيز التقنين المدنى في ضوء القضاء والفقه ١٩٨٠ ص ٣٩٠.

٩٦- زوال حق إبطال عقد القسمة بإجازة ناقص الأهلية العقد:

تنص المادة ١٣٩ مدنى على أن : " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير " .

فيكون لناقص الأهلية عند زوال سبب نقص الأهلية ، كبلوغ القاصر سن الرشد القانونى وهو ٢١ سنة ميلادية كاملة ، أو رفع الحجر عن المجنون أو المعتوه أو ذى الغفلة أو السفيه ، أن يجيز القسمة التى تمت بغير استئذان المحكمة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الإجازة تصرف قانونى يتضمن إسقاطا لحق فلا يملكها من كان ناقص الأهلية ، وإذن فمتى كان الحكم إذ اعتبر إجازة القاصر للبيع الصادر منه منعدمة الأثر قانوناً أقام قضاءه على أن هذه الإجازة إنما صدرت من القاصر بعد قرار المجلس الحسبى باستمرار الوصاية عليه ، فإن النعى على الحكم الخطأ في تطبيق القانون يكون غير صحيح " .

(طعن رقم ١٩٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٥/٢/١)

ويشترط في الإجازة التى تصحح العقد الباطل أن تصدر من ناقص الأهلية – بعد زوال سبب نقص الأهلية – وهو عالم بالعيب الذى يشوب العقد وأن يكون قاصدا إجازته .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الإقـرار الصـادر أمام المجلس الحسبى من أحد الورثة بإجـازة عقد مطعون فيه لصدوره في مرض الموت ، وإن لم يكن قضـائيا لعـدم صدوره أمام جهة مختصة بالفصل في صحة العقد المطعون فيه إلا أنه يصح اعتباره إجازة لهذا العقد إذا كان المجيز انتوى تصحيح العقد وهو يعلم بما يشوبه ".

(طعن رقم ٧ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٧/٥/٢٠)

٢- " الإجازة التى تصحح العقد القابل للإبطال هى التى تصدر ممـن يملكها وهو عالم بالعيب الذى يشوب العقد وأن يكون قاصدا إجازتهوإذن فمتى كان الثابت من الأوراق أن الطاعن لم يدع صدور إجـازة مستكملة لهذه الشروط القانونية بل اكتفى بالقول بأن مجرد توقيع المطعون عليها الأولى على محضر الجرد يفيد إجازتها للعقد الصـادر من مورثها بصفتها الشخصية وبصفتها وصية على ابنتها القاصر، وكان تمسك الطاعن بالإجازة استنادا إلى هذه الواقعة غير منـتج ، ذلك أن المطعون عليها ما كانت تملك إجازة العقد بصفتها وصـية دون إذن من المجلس الحسبى كما أن مجرد توقيعها على محضـر الجرد لايفيد أنها كانت تعلم بأن العقد الصادر من مورثها صـدر مـنه وهو قاصر وأنها أرادت من التوقيع إسقاط حقها من الطعـن على العقد ، فإن الحكم المطعون فيه إذا لم يتعرض لبحث هذا الدفاع لا يكون باطلا ".

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/١١/٢٦)

والإجـــازة عمـــل قـــانونى صادر من جانب واحد، فلا حاجة لاقـــتران قـــبول بهـــا ، ولا يجوز الرجوع فيها بحجة أن القبول لم يصدر.

والإجازة تكون صريحة كما تكون ضمنية ، والإجازة الصريحة هـــى تلك التى تتضمن التصريح بالنزول عن حق طلب الإبطال . إنما لايشترط في هذه الإجازة أن تشتمل على بيانات معينة ، بل كل عـــبارة يفهـــم مـــنها الإجازة تصح بشرط أن تكون نية المجيز في الإجازة واضحة .

أمـــا الإجازة الضمنية ، فهى تلك التى يستدل عليها من ظروف الحـــال بشرط أن يكون هذا الاستدلال قاطعا في إفادته النزول عن حق التمسك بالإبطال، إذ أن النزول عن الحق لايفترض، ولايتوسع في تفسير ما يؤدى إليه .

ومن أمثلة الإجازة الضمنية قيام ناقص الأهلية بعد زوال نقص أهليته بالأفعال الآتية :

١- تنفـــيذ عقـــد القسمة أو مطالبة باقى المتقاسمين بتنفيذه من جانبهم .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"بطـــلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشترى ومن ثم فيكون لـــه دون غيره أن يطلب إبطال العقد . وما لم يثبت أن البائع غير

مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه ، فإن عقد البيع يبقى قائما منتجا لآثاره بحيث يكون للمشترى أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته ويعد هذا منه إجازة للعقد " .

(طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٣/١٤)

٢- تنفيذ عقد بالقسمة [١].

٣- البناء على الحصة التى آلت إليه بموجب عقد القسمة [٢].

٤- التصرف في معدل القسمة .

٥- الاستيلاء على ريع الجزء المفرز الذى آل إليه بموجب عقد القسمة والاستمرار مدة طويلة على هذه الحال .

٦- الانضمام لأبيه في طلب قسمة عقار مشترك بينهما لقسمة تمت دون مراعاة الإجراءات القانونية قبل بلوغه سن الرشد[٣].

٧- التوقيع على عقود البيع الصادرة من المتقاسمين والمشار فيها إلي أن أصل التمليك يرجع إلى عقد القسمة الذى أبرمه وهو ناقص الأهلية أو أبرمه الوصى دون استئذان المحكمة المختصة.

---

(١) استئناف مختلط فى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ - ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦.

(٢) استئناف مختلط في ٢٩ مايو سنة ١٩١٣ .

(٣) استئناف مختلط في ١٣ فبراير سنة ١٩١٣.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إجــازة العقد قد تكون صريحة أو ضمنية ، ومن ثم فلا تثريب على محكمة الموضوع إذا استخلصت– فى حدود سلطتها الموضوعية– استخلاصا سائغا من وقائع الدعوى ومستنداتها – إجازة الطاعنة لعقد القسمة إجازة ضمنية بعد بلوغها سن الرشد من توقيعها كشاهدة على عقــود البيع الصادرة من بعض المتقاسمين الآخرين والمشار فيها إلى أن أصل التمليك يرجع إلى عقد القسمة المذكور وبالتالى لاتعدو المجادلـــة فـــي ذلـــك أن تكون جدلا موضوعيا لاتقبل إثارته أمام محكمة النقض ".

(طعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٣)

إنما لايعتبر من قبيل الإجازة ما يأتى :

١–مجــرد سكوت ناقص الأهلية بعد زوال نقص أهليته ، عن طلـــب إبطـــال عقد القسمة مهما طالت مدته ، إلا إذا فهم من هذا الســكوت نزوله عن طلب الإبطال . أو سقط حقه في إبطال العقد بالتقادم طبقا لنص المادة ١٤٠ مدنى .

٢– دخول ناقص الأهلية بعد زوال نقص أهليته في مفاوضات للصلح لم تكلل بالنجاح .

٣– أن يدفـــع نـــاقص الأهلية بعد زوال نقص أهليته بوجه من وجوه البطلان وتركه الوجوه الأخرى .

٤- أن يطعن ناقص الأهلية بعد زوال نقص أهليته بالتزوير على عقد القسمة الذى أبرمه أو أبرمه نائبه ، إذ يجوز له بعد الإخفاق في هذا الطعن أن يطلب إبطال بالعقد [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"ليس من القانون مايحول دون التمسك بطلب بطلان العقد لعيب في أهلية المتصرف بعد الإخفاق في الادعاء بتزوير العقد الحاصل به هذا التصرف لاختلاف نطاق مرمى كل من الطعنين على الآخر، إذ يقتصر الأمر في الطعن بالتزوير على إنكار صدور التصرف من المتصرف دون التعرض للتصرف ذاته من حيث صحته وبطلانه ، في حين أن الطعن ببطلان التصرف لصدوره من غير ذى أهلية موجه إلى ذات التصرف بإنكار توافر الأهلية في التصرف . فإذا ما ثبت للمحكمة فساد الإدعاء بالتزوير وصحة إسناد التصرف إلى المتصرف فإن ذلك لايقتضى بطريق اللزوم أن يكون هذا المتصرف أهلا لصدور التصرف منه ، كما أن الطعن بالتزوير لايتضمن في ذاته إقرار الطاعن بأهلية المتصرف ولايفيد نزوله عن حقه فى الطعن بعد ذلك في التصرف لعيب في الأهلية ".

(طعن رقم ٣٤٨ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٢/١٥)

---

(١) استئناف مختلط في ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤ .

ويعتـــبر استخلاص حصول إجازة عقد القسمة من عدمه مسألة تدخل في رحاب الواقع، ولقاضى الموضوع فيها القول الفصل، من غـــير أن يخضـــع في تقديره لرقابة محكمة النقض، طالما قام قضاؤه على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله [1].

٩٧ـ أثر إجازة ناقص الأهلية عقد القسمة :

إذا أجاز ناقص الأهلية عقد القسمة بعد زوال سبب نقص الأهلية ، زال حقــه فـــي إبطال العقد واستقر وجود العقد نهائيا غير مهدد بالزوال ويعتبر العقد صحيحا من وقت صدوره لا من وقت الإجازة لأن للإجازة أثر رجعى.

وهـــذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٣٩ . كما نصت على أن ذلـــك لايخل بحقوق الغير إذ جرت على أن : " وتستند الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير " ، والمقصود بالغير من كسب حقا عينيا على الشيء موضوع العقد [2].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى – راجع نقض ١٩٦٢/٥/٣ المنشور بهذا البند .

(٢) الســـنهورى جـــ١ ص ٥٧٠ – وقارن عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٧٧ ومابعدها وهامش (١) ، إذ يرى أن فكرة الأثر الرجعى عقيمة وغير ذات موضوع أصلا لأن العقد القابل للإبطال قبل إجازته صحيح ومنتج لآثاره، ومن ثم فهو ليس في حاجة إلى أن ترتد الإجازة إلى ماضيه لتصححه ، فـــي وقـــت كان هو خلاله صحيحا، ومن ناحية أخرى، فالقول بأن أثر الإجازة يستند إلى تاريخ إبرام العقد، "دون إخلال بحقوق الغير"، هو قول مجرد عن المعنى، فليس من المتصور ، لو أننا تمشينا مع منطق القانون، أن يخـــل الأثـــر الرجعى للإجازة في ذاته بحقوق الغير ، وقد لجأ بعض

والإجـــازة لاتحدث هذا الأثر ، إلا بالنسبة إلى ذات العيب الذى انصـــبت علـــيه ، والذى استهدف بها تصحيح العقد منه . فإذا قام

الفقهــاء في فرنسا وفى مصر إلى تصوير حالة يقع فيها الإخلال . وهم فـــي هـــدا الصدد يقولون بأنه إذا باع ناقص الأهلية أرضه لزيد ، وبعد بلوغـــه ســـن الرشـــد باعها مرة ثانية لبكر أو رهنها له ، ثم أجاز البيع الأول، فإن هذه الإجازة لاتسرى في حق بكر الذى تخلص له الملكية دون زيد، أو تنتقل الملكية لهذا الأخيرمثقلة بالرهن لصالح بكر ... وهذا القول لايتسق مع مدلول نص المادة ٢/١٣٩ ، فهذا النص لايقضى بأن الإجازة لاتسرى في حق الغير ، وإنما هو يقول إن الذى لاينفذ في حق الغير هو اســـتناد تلـــك الإجـــازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد ومع افتراض أن الإجـــازة ذاتها هى التى لاتسرى في حق الغير ، فإن ذلك لايؤدى بذاته وبمجرده إلى النتيجة التى يرتبها أنصار الرأى الذى نعارضه . فإذا أخذنا المـــثال السابق ، ومؤداه أن يبيع ناقص الأهلية أرضه لزيد، وبعد بلوغه سن الرشد ، يبيعها مرة ثانية أو يرهنها لبكر . ثم يجيز البيع الأول ، في هذا المثال ، نجد أن البيع الحاصل لزيد ينشأ صحيحا منتجا لآثاره ، حتى قـــبل إجازته. فهو بهذه المثابة قد أفلح في نقل الملكية إلى زيد . فإذا جاء الـــبائع بعد ذلك . وتصرف في الأرض لبكر ، فإنه يتصرف له في ملك الغير. فلا يستطيع أن ينقل إليه الملكية أو يرتب له حق الرهن ، لأن فاقد الشـــئ لا يعطـــيه . فإذا أجاز البائع البيع الحاصل لزيد، وقلنا إن هذه الإجـــازة لا تسرى في حق بكر ما كان من شأن ذلك بذاته وبمجرده أن يخلص الحق لبكر . إذا أن عدم الاعتداد بالإجازة بالنسبة إلى بكر معناه عـــدم وجودها في حقه ، والبيع الصادر لزيد صحيح بدون تلك الإجازة ومن قبل صدورها ".

(راجع أيضا مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٢ ص ٢٤٣ ومابعدها)

العقد على أكثر من عيب وحصلت الإجازة بالنسبة إلى عيب معين دون غـــيره ، مـــثل نقص الأهلية ، تصحح العقد منه ، ولكنه يبقى مشوبا بالعيوب الأخرى وقابلا للإبطال بسببها .

٩٨ـ إثبات إجـازة ناقص الأهلية عقد القسمة :

يقـــع عبء إثبات إجازة ناقص الأهلية لعقد القسمة على مدعى الإجازة ، وهم باقى الشركاء في المال الشائع .

وإذا كانـــت الإجـــازة صـــريحة فإنها تخضع في إثباتها لحكم القواعـــد العامـــة ، فإذا كانت قيمة نصيب القاصر تجاوز خمسمائة جنيه فلا يجوز إثبات الإجازة بالبينة . وإنما يجب إثباته بالكتابة أو ما يقوم مقامها .

أمـــا إذا كانـــت الإجازة ضمنية ، فإنه يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، لأن الإثبات هنا ينصب على واقعة مادية دالة على الإجازة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن عـــبء إثبات إجازة عقد قابل للإبطال إنما يقع على عاتق مدعى الإجازة ... الخ " .

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/١١/١٦)

٩٩- استحالة تنفيذ القسمة :

إذا استحال تنفيذ القسمة التى صدقت عليها المحكمة جاز طلب الحكم بإلغائها بدعوى أصلية، وفى الواقع إن القسمة المذكورة إما تعتبر عقدا يبرم تحت إشراف المحكمة ورقابتها ، والعقود تفسخ إذا استحال تنفيذها ، سواء كانت الاستحالة طارئة أم كانت سابقة للعقد من باب أولى وإما أن يعتبر تصديق المحكمة على القسمة كلها حائزا قوة الشىء المقضى به ، ومن المقرر أن استحالة تنفيذ الأحكام مما يضيع قوة الشىء المقضى به ويجوز إعادة النظر في النزاع من جديد(١) .

١٠٠ ـ دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة :

يجوز لكل ذى مصلحة من الشركاء في المال الشائع الذين أبرموا القسمة الاتفاقية ، أن يرفع دعوى بصحة ونفاذ عقد القسمة ، وباختصاصه بنصيبه المبين بالعقد ، كما له أن يضيف طلب تسليم الحصة التى اختص بها إليه .

ويكون على المحكمة التى تنظر الدعوى الوقوف على توافر أركان القسمة من رضاء ومحل وسبب، على النحو الذى أوضحناه، سلفا .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١٥٤- حكم محكمة بنى سويف الابتدائية في ١٦ أكتوبر ١٩١٤ المشار إليه في المرجع السابق في هامش رقم (١) في ذات الصحيفة .

وتـرفع الدعـوى أمـام المحكمة المختصة قيميا طبقا للقواعد العامة، فترفع إلى المحكمة الجزئية إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز عشرة آلاف جنيه و إلى المحكمة الابتدائية إذا جاوزت هذه القيمة. والعـبرة فى تقدير قيمة الدعوى بقيمة المال محل القسمة (م ٧/٣٧ مرافعات)، أى قيمة المال الشائع جميعه وليس نصيب المدعى فقط. فـإذا كان المال عقارا مبنيا قدرت قيمته باعتبار خمسمائة مثل من قـيمة الضـريبة الأصلية المربوطة عليه ، فإن كان من الأراضى يكـون الـتقدير باعتبار أربعمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية . فـإذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته (م ١/٣٧ مرافعات معدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩) ، وعلى ذلك لايعتد بالقيمة الثابتة بعقد القسمة [١].

---

(١) وقـد قضـت محكمـة النقض - الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحـوال الشخصية - بصـدد تقدير قيمة دعـوى الشفعة - **بتاريخ ١٩٨٨/٤/٢٧ في الطعن رقم ٣٢١ لسنة ٥٧ ق بأن :**

" إذا كان الحكم المطعون فيه قد قدر - صحيحا- وبما لا خلاف عليه بين طـرفى الخصومة - قيمة الدعوى بمبلغ أربعة وتسعين جنيها وسبعمائة وثلاثين مليما- وذلك طبقا للبند الأول من المادة ٣٧ من قانون المرافعات- اعتبارا بأن دعوى الشفعة تعتبر متعلقة بملكية العقار المشفوع فيه فيرجع فـي تقدير قيمتها إلى قيمة العقار وهو من الأراضى التى يكون تقديرها باعتبار سبعين مثلا لقيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليها - بما يجعل الدعـوى تدخل في الاختصاص القيمى للمحكمة الجزئية فلا تختص بها

١٠١- قضاء النقض في شأن رسوم دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة :

١- " رسم الدعوى التى ترفع بصحة عقد القسمة ونفاذه يجب أن يكون شاملا للقدر المبين بالعقد جميعه لأن الحكم في الدعوى يكون قد حسم النزاع بين الشريكين في هذا القدر بأكمله وذلك وفقا للفقرة الثالثة من المادة ٧٥ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ الخاص بالرسوم القضائية " .

(طعن رقم ١٢ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٦/١١/٥)

٢- " رسوم الدعوى بطلب صحة ونفاذ عقد القسمة . وجوب أن يكون شاملا للقدر المبين بالعقد جميعه . علة ذلك لقلم الكتاب التحرى عن القيمة الحقيقية للعقار بحسبانه أرضا معدة للبناء . مادة ٧٥ ق ٩٠ لسنة ١٩٤٤ المعدلة بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٤" .

(طعن رقم ١١٨ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/٦/٢٤- غير منشور)

٣- " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن طلب أحد الشركاء في عقد قسمة المال الشائع بصحة العقد ونفاذه باختصاصه بنصيبه المبين بهذا العقد مؤداه أن فرز وتجنيب حصته التى تم التراضى على فرزها بذلك العقد ينبنى عليه حتما فرز حصة الشركاء الآخرين أى أن النزاع شمل القدر المقسم بأكمله وأن الحكم الذي صدر قد

المحكمة الابتدائية فإن الحكم الصادر فيها من هذه المحكمة يكون جائزا استئنافه "- والبين من أسباب الحكم أنه لم يأخذ بالقيمة الواردة بعقد البيع وقدرها ٥٨٩ جنيها ".

حسم النزاع بين الشركاء في شأن المال موضوع العقد جميعه لاحصة شريك بمفرده مما يستتبع أن يكون الرسم شاملا للقدر المبين بالعقد جميعه وفقا للفقرة الثالثة من المادة ٧٥ من المرسوم بقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية فى المواد المدنية ".

(طعن رقم ٨٨١ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٠/٢/٨- غير منشور)

١٠٢ـ دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة غير قابلة للتجزئة :

دعوى صحة ونفاذعقد القسمة من الدعوى غير القابلة للتجزئة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"... ولما كان الحكم المستأنف صادراً فى موضوع غير قابل للتجزئة هو صحة ونفاذ القسمة التى تمت بين أطراف الخصومة . فإن بطلان الاستئناف بالنسبة لها (المستأنف عليها الثالثة) يستتبع بطلانه بالنسبة لجميع المستأنف عليهم " .

(طعن رقم ٥٦٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٣/١٢)

ومن الآثار التى تترتب على كون دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة من الدعاوى غير القابلة للتجزئة إعمال نص المادة ٢١٨ مرافعات التى تجرى على أن : " فيما عدا الأحكام الخاصة بالطعون التى ترفع من النيابة العامة لايفيد من الطعن إلا من رفعه ولايحتج به إلا على من رفع عليه .

علـــى أنه إذا كان الحكم صادرا في موضوع غير قابل للتجزئة أو فـــي التزام بالتضامن أو في دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قـــبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع في الميعاد من أحـــد زملائـــه منضما إليه في طلباته فإن لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن باختصامه فى الطعن . وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهـــم فـــى الميعاد وجب اختصام الباقين ولو بعد فواته بالنسبة إليهم ...... الخ ".

١٠٣- سلطة القاضـى المسـتعجل في فـرض الحراسـة عـلى الأموال الشائعة محل عقد القسمة :

أوضحت ذلك محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٥/٢/٢٨ فـــي الطعنين رقمى ١٤٨٠، ١٦٣٥ لسنة ٥٤ ق إذ قضت بأن :

١- " من المقررفى قضاء هذه المحكمة أن تقدير توافر النزاع الجدى والخطر الموجبين للحراسة من المسائل الواقعية التى تستقل بـــتقديرها محكمة الموضوع وحسبها أن تقيم قضاءها بهذا الإجراء التحفظى المؤقت على أسباب سائغة تكفى لحمله " .

٢- " مـــن المقـــرر فى قضاء هذه المحكمة أن قاضى الأمور المســـتعجلة يمتـــنع عليه أن يمس أصل الحق في الإجراء المؤقت

الذى يأمر به ، وإذ كان قضاء الحكم المطعون فيه بفرض الحراسة القضـــائية محمولا على قيام النزاع الجدى حول صحة وقيام عقدى القســـمة ... فـــإن تكليفه الحارس بتوزيع صافى ريع الأموال محل الحراســـة على الخصوم طبقا لأنصبتهم الشرعية في التركة ينطوى علـــى إهدار لعقدى القسمة واعتبار أن الأموال محلهما تركة شائعة بين الورثة وهو ما يمس أصل الحق بما يعيبه بمخالفة القانون ".

١٠٤ـ أوجه الطعن فى القسمة الاتفاقية :

القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود ، ومن ثم يجوز الطعن على عقد القسمة بكافة أوجه الطعن التى توجه إلى أى عقد من العقود.

فيجوز للشركاء الطعن على القسمة بما يأتى :

١- بالـــبطلان المطلق ، كما إذا تمت القسمة بين الشركاء على أمـــوال مورثهم الشائعة حال حياته ، باعتبار أن القسمة تعد تعاملا في تركة مستقبلة .

٢- بالإبطـــال إذا وقـــع المـــتعاقد فى غلط جوهرى ، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط ، أو كان على علم به، أو كـــان من السهل عليه أن يتبينه (م ١٢٠مدنى) أو لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع .

٣- بالإبطال للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد (م ١٢٥ مدنى) [١].

٤- بالإبطال للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس (م١٢٧ مدنى).

والمشرع وإن أجاز إبطال العقد للغبن بالتفصيل الذى نصت عليه المادة ١٢٩ مدنى التى تجرى على أن : " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لاتتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد .

---

(١) وقد قضى بأن :

" إذا رفضت المحكمة دعوى بطلان القسمة بناء على أن ما يقوله المدعى من أن الأرض التى اختص بها بموجب العقد وجدت بعد مساحتها تغاير المقادير الموضحة فيه لايؤثر في صحة القسمة ووجوب احترامها فإنها لاتكون مخطئة في ذلك، لأن اختلاف المساحة لايؤثر في صحة العقد مادام قد احتيط فيه بذكر أن المقادير تقريبية، مما ينتفي معه القول بوجود غش أو خطأ في القسمة " .

(نقض طعن ٩٩ لسنة ١٣ ق - جلسة ١٩٤٤/٥/١١)

ويجوز أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة .

ويجــوز فـــي عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال ، إذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن ".

إلا أنـــنا سنرى أن المشرع نظم نقض القسمة للغبن على خلاف مـــا جاء بهذه المادة ، وما جاء بالمادة ٤٢٥ مدنى بخصوص الغبن في البيع ، وذلك لما للغبن فى القسمة من أهمية خاصة .

مـادة (٨٣٦)

١- إذا اخـتلف الشـركاء في اقتسام المال الشائع ، فعلى من يـريد الخـروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية .

٢- وتـندب المحكمـة إن رأت وجهـا لذلك ، خبيرا أو أكثر لـتقويم المـال الشائع وقسمته حصصا إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته .

الشـرح

القسمة القضائية :

١٠٥- المقصود بالقسمة القضائية :

القسمة القضائية هى القسمة التى تجريها المحكمة بموجب حكم يصدر منها ، رغم معارضة بعض الشركاء في إجرائها ، بناء على دعـوى تـرفع مـن أحـد الشركاء فى المال الشائع تسمى دعوى (قسمة).

١٠٦ - متى يلجأ الشريك في المال الشائع إلى القسمة القضائية ؟

تـنص المادة ١/٨٣٦ مدنى على أن : " إذا اختلف الشركاء في اقتسـام المال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية " .

وتـنص المـادة ١/١٤٠ مـن المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكـام الولايـة علـى المال على أن : " على الوصى أن يسـتأذن المحكمـة فـي قسمة مال القاصر بالتراضى إن كانت له مصلحة في ذلك فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التى تجرى عليها القسـمة والإجـراءات الواجبة الاتباع . وعلى الوصـى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها . وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية " .

وتـنص المادة ٧٩ من المرسوم بقانون سالف الذكر على أن : "يسرى في شأن قسمة مال الغائب والمحجوز عليه ما يسرى بشأن مال القاصر من أحكام " .

ويبيـن من هذه النصوص أن الشريك في المال الشائع يلجأ إلى القسمة القضائية في حالتين :

الحالة الأولى :

إذا لـم يتفق جميع الشركاء في المال الشائع على إجراء قسمة اتفاقية، سواء كانوا رافضين لمبدأ القسمة الاتفاقية ، أو كانوا متفقين على هذا المبدأ ، ولكن اختلفوا فى تحديد الأنصبة . فيكون للشريك الذى يريد الخروج من الشيوع رفع دعوى القسمة.

الحالة الثانية :

أن يـنعقد إجماع الشركاء على القسمة الاتفاقية، ولكن كان من بينهم من هو ناقص الأهلية (قاصر أومجنون أو معتوه أو ذو غفلة

أو سفيه أو غائب) ، واستأذن الوصى أو القيم أو وكيل الغائب- بحسب الأحوال - المحكمة في قسمة المال اتفاقا ، فلم تأذن له ، أو أذنت له مبدئيا بالقسمة الاتفاقية ، ولكنها لم توافق على القسمة عند عرض مشروع العقد عليها للتثبت من عدالته ، وقررت اتخاذ إجراءات القسمة القضائية .

الخصوم في دعوى القسمة :

١٠٧- رفع الدعوى من أحد الشركاء في المال الشائع ضد باقى الشركاء :

ترفع دعوى القسمة من أحد الشركاء في المال الشائع ، إذا لم يتفق جميع الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية ، ويجوز أن ترفع من أكثر من شريك ، أو حتى من جميع الشركاء عدا واحد ، إذا كان هو فقط الذى لم يوافق على القسمة الاتفاقية .

وترفع الدعوى من أحد الشركاء أو أكثر ولو كانت ملكيتهم لحصة في المال الشائع طارئة ليست ملكية أصيلة منذ بدء الشيوع، وهذا ما سنعرض له بالتفصيل .

وترفع الدعوى على باقى الشركاء في المال الشائع ، أى الشركاء عدا المدعين .

١٠٨ـ الأجنبى المشترى لحصة شائعة من أحد الشركاء المشتاعين :

إذا باع أحد الشركاء حصته في المال الشائع لأجنبي أى لشخص ليس من بين الشركاء المشتاعين فإن هذا الأجنبى يصبح شريكا في المال الشائع بدلا من الشريك البائع له ، والذى يترتب على بيعه لحصته إخراجه من الشيوع (١).

غير أنه إذا كان المال الشائع عقارا ، فإنه يشترط لاعتباره شريكا في الشيوع ، أن يكون قد سجل عقد شرائه ، لأن الملكية لاتنتقل سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل .

فلا يكفى لاعتباره مالكا وبالتالى شريكا أن يكون قد رفع دعوى بصحة ونفاذ عقد شرائه وسجل صحيفة الدعوى .

وطالما أصبح المشترى شريكا في الشيوع فإنه يجوز له رفع دعوى القسمة ، كما يجب على المدعى في دعوى القسمة اختصامه في الدعوى ضمن باقى الشركاء .

وإذا تصرف الشريك في حصته لأجنبى ، وقام الأخير بتسجيل عقد شرائه بعد رفع دعوى القسمة ، فإن البائع لايعتبر ممثلا للمشترى في دعوى القسمة ، ويتعين اختصام المشترى في الدعوى.

غير أن المشترى الذى لم يسجل عقده ، يجوز له رفع دعوى القسمة باسم مدينه البائع عن طريق الدعوى غير المباشرة .

---

(١) السنهورى ص ١٢٠٩ – عرفه ص ٤٣٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " للشريك على الشيوع في عدة عقارات أن يبيع حصة شائعة في بعض العقارات . وإذا سجل المشترى عقده انتقلت إليه حصة البائع في هذا البعض من العقارات شائعا ويصبح المشترى دون الشريك البائع هو صاحب الشأن في القسمة التى تجرى بخصوص هذه الأعيان اتفاقا أو قضاء فإذا تجاهله شركاؤه وأجروا قسمة هذه الأطيان مع الشريك الذى باع نصيبه بعقد مسجل فلا يجوز الاحتجاج بهذه القسمة على المشترى الذى سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة . ولايغير من ذلك أن يكون الشريك البائع قد باع أكثر من نصيبه في بعض العقارات المشتركة ذلك لأن البيع يعتبر صحيحا نافذا في القدر الذى يملكه البائع - والمشترى دون البائع - هو الذى يستطيع التحدث عن هذا القدر إذا ما أراد الشركاء قسمة العقارات المشتركة " .

(طعن رقم ١٥٤ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١٠/٢٠)

٢- " أوجبت المادة الأولى من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ تسجيل جميع العقود التى من شأنها إنشاء حق ملكية أو أى حق عينى آخر أو نقله أو تغييره . ومؤدى ذلك أن حق الملكية لاينتقل من البائع إلى المشترى إلا بالتسجيل وإلى أن يتم هذا التسجيل يبقى البائع مالكا للعقار ويكون بالتالى هو الخصم في كل دعوى تتعلق بعين العقار، ولما كان الخصم في دعوى القسمة هو الشريك المالك

عمـــلا بالمادة ٤٥٢ مدنى قديم التى تحكم هذا النزاع ، وكان يبين من الوقائع التى أثبتها الحكم المطعون فيه أن دعوى القسمة رفعت مـن الطاعنيـــن على المطعون عليه الثانى الذى كان مالكا العقار والشــريك الواجــب اختصامه ، وكان مجرد شراء المطعون عليه الأول لحصــــة المطعــون عليه الثانى الإرثية في هذا العقار وقيامه بتســجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لايترتب عليه نقل الملكية إذ الملكــية لاتنتقل إلا بتسجيل الحكم الصادر في الدعوى ، فإن الحكم المطعــون فــيه إذ خالف هذا النظر يكون قد أخطأ في القانون بما يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٢٨٣ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦٠/٤/٢١)

٣- " الأصـــل أن البائع لايمثل المشترى فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع وأن الحكم الصادر ضد البائع باعتباره مالكا للعين المبيعة لايعتبر حجة على المشترى الذى سجل عقــد شرائه قبل صدور هذا الحكم ولم يختصم في الدعوى ، وأن للشريك على الشيوع أن يبيع حصته شائعة وإذا سجل المشترى عقده انتقلــت إليه حصة البائع شائعة ويصبح المشترى دون الشريك هو صاحب الشأن في القسمة التى تجرى بخصوص هذه الأعيان اتفاقا أو قضــــاء ، فإذا تجاهله شركاؤه وأجروا القسمة مع الشريك الذى بـــاع نصـــيبه بعقد مسجل ، فلا يجوز الاحتجاج بهذه القسمة على المشترى الذى سجل عقده قبل تسجيل حكم القسمة ".

(طعن رقم ٧٩ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٤)

٤- " الغــير في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هــو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه ما زال مملوكا علــى الشيوع وقام بتسجيله ، قبل تسجيل سند القسمة ، فالمشترى لحصـــة شائعة من أحد الشركاء على الشيوع ، إذا سجل عقده قبل تســجيل عقــد القسمة ، يعتبر من الغير وبالتالى لايحتج عليه بهذه القســمة . ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن في القسمة التى تجرى بخصوص هذا العقار ، وله أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذا لم يرتض القسمة التى تمت دون أن يكون طرفا فيها " .

(طعن رقم ١١٥٧ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٤/٢٨)

٥- " مــن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الشريك في ملك شــائع الــذى يتصـــرف بالبيع في حصته الشائعة بعد رفع دعوى القســمة لايعتــبر ممــثلا للمشترى منه متى سجل هذا الأخير عقد شرائه وانتقلت إليه بذلك ملكية الحصة المبيعة قبل انتهاء إجراءات القسمة ".

(طعن رقم ١٩٢٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٢/١/٢٤)

وإذا تصـــرف الشريك في حصته الشائعة لأجنبى، وقام الأخير بتســجيل عقــد شرائه بعد رفع دعوى القسمة ، فإن البائع لايعتبر ممــثلا للمشترى في دعوى القسمة ، ويتعين اختصام المشترى في الدعوى .

١٠٩ـ الأجنبى المشــترى لحصــة مفــرزة مــن أحد الشركاء المشتاعين :

إذا بــاع أحد الشركاء في المال الشائع حصة مفرزة فى العقار الشائع إلى أجنبى عن الشيوع ، فإنه لايترتب على ذلك أن يصبح المشترى شريكا فى الشيوع بدلا من الشريك البائع ، لأن هذا البيع لايــنفذ فــي حــق الشركاء فالمشترى لايعتبر مالكا إلا تحت شرط واقف، هو حصول القسمة ووقوع الحصة المبيعة في نصيب البائع.

ومــن ثم فإنه لايجوز للمشترى رفع دعوى القسمة ، كما لايلزم اختصامه فيها [١].

---

(١) الســنهورى ص ١٢٠٩- الصده ص ٢٢٥ - أحمد سلامه ص ٢٨٤ - وقــارن محمــد على عرفه ص ٤٣٠ إذ يقول : " لانرى مسوغا قانونيا لحرمان هذا المشترى من رفع دعوى القسمة إذا سجل عقده قبل رفعها فعلا، وذلــك لأن له مصلحة جدية في رفع هذه الدعوى حتى يطمئن إلى نتيجة عقــده ، ولايظل مصير التصرف الصادر إليه معلقا بأيدى باقى الشركاء دون أن يكون في وسعه وضع حد لحالة القلق الناشئة عن طبيعة مثل هذا التصــرف ، لاسيما أنه لايستطيع المطالبة ببطلانه إذا اشترى وهو عالم بحالة الشيوع .

والقول بخلاف ذلك يؤدى إلى موقف غريب حقا ، إذ يكون للشريك الذى تصــرف فعلا فى قدر مماثل لحصته وقبض الثمن حق طلب القسمة مع انعدام مصلحته في طلبها، بينما يمتنع ذلك على صاحب المصلحة الفعلية ، وهــو المشــترى الــذى دفع الثمن في مقابل تملك حصة هذا الشريك !! وظاهر ما في هذا الوضع من مخالفة ظاهرة للمنطق وروح القانون ".

غير أنه يجوز له تطبيقا للمادة ١/٨٤٢ مدنى بوصفه دائنا لأحد الشـــركاء أن يعارض في أن تتم القسمة بغير تدخله ، ويترتب على هذه المعارضة إلزام الشركاء بإدخاله في جميع الإجراءات ، ويجب على كل حال إدخاله إن كان قد توصل إلى تسجيل البيع الصادر له- إذا كـــان عقارا – قبل رفع دعوى القسمة ، وإلا كانت القسمة غير نافذة فى حقه .

كمـــا يجوز له باعتباره دائنا للبائع أن يرفع دعوى القسمة باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة (م ٢٣٥ مدنى).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " من المقرر- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه إذا كان البيع منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع وكان سابقا علـــى إجـــراء القسمة بين الشركاء ، فإن المشترى في هذه الحالة لايعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنى- حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة – شريكا في العقار الشائع ولا يكـــون له أى حق من حقوق الشركاء وبالتالى لايلزم تمثيله في القســـمة ، ومـــتى تمت هذه القسمة بين الشركاء ، فإنها تكون حجة علـــيه ولـــو لم يكن طرفا فيها ، ويترتب عليها في حقه ما يترتب عليها في حق المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع في نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصـــرف الصادر إليه ، فإذا وقع القدر المبيع المفرز في نصيب

الشـــريك البائع خلص له هذا القدر، وإن لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إليه البائع بطريق القسمة " .

(طعن رقم ١٤٠٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/١/٢٠)

٢- (أ)- " الـــنص في الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنى على أنه إذا كان التصرف منصب على جزء مفرز من المال الشـــائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حـــق المتصـــرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصـــرف بطريق القسمة يدل على أن بيع الشريك المشتاع لجزء مفـــرز مـــن العقار الشائع قبل إجراء القسمة بين الشركاء لايجيز للمشـــترى طلب تثبيت ملكيته لما اشتراه مفرزا قبل إجراء القسمة ووقوع المبيع في نصيب البائع له ولو كان عقده مسجلا " .

(ب)- " بـــيع الشريك فى العقار الشائع قدرا مفرزا قبل إجراء القسمة بين الشركاء لايجعل المشترى - بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنى - شريكا في العقار الشائع ولايكون لـــه أى حـــق من حقوق الشركاء ولايلزم تمثيله في القسمة حتى لو سجل عقده قبل القسمة ".

(طعن رقم ٢١٢٣ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٥) [١]

---

(١) قارن عكس ذلك :

وترتيبا على ما تقدم قضى بأن :

" النص في الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنى على أن بيع الشريك المشتاع لجزء من العقار الشائع قبل إجراء القسمة بين الشركاء لايجيز للمشترى طلب تثبيت ملكيته لما اشتراه

١- " جرى قضاء هذه المحكمة على أن للشريك على الشيوع في التركة أن يبيع حصة محددة ، ولايستطيع أحد الشركاء الاعتراض على هذا البيع والادعاء بأنه يستحق المبيع مادام أن التركة لم تقسم قسمة إفراز " .

(طعن رقم ١١١ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٦/٣٠)

٢- " ليس ثمة ما يمنع البائع وإن كان مالكا على الشيوع أن يبيع ملكه محددا مفرزا وأن حالة التحديد هذه وإن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشريك على الشيوع إلا أن هذا كله لايبطل عقد البيع . وبتسجيل المشترى لعقده تنتقل الملكية إليه ويصبح شريكا لباقى الشركاء تجب مخاصمته في دعوى القسمة إن لم يجز هؤلاء الباقون من الشركاء عقده . وعلى ذلك فإنه ليس للمستحق – سواء أكان شريكا على الشيوع أو متلقيا ملكه من شريك على الشيوع – أن يدعى الاستحقاق في المبيع إلا بعد القسمة ووقوع المبيع في نصيبه هو لا في نصيب البائع لذلك المشترى ، وهذا الذى استقر عليه قضاء هذه المحكمة في ظل القانون المدنى القديم هو ما أخذ به القانون المدنى الحالى في المادة ٨٢٦ منه" .

(طعن رقم ٣٦١ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨)

(راجع أيضا ذات المبدأ : نقض ١٩٣٢/٦/١٦ مجموعة عمر جـ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ – ١٩٤٠/٥/٣ مجموعة عمر جـ٣ رقم ٥٤ ص ١٨٩)

مفــرزا قــبل إجراء القسمة ووقوع المبيع في نصيب البائع له ولو كان عقده مسجلا " .

(نقض طعن رقم ٣٨٣ لسنة ٥٧ ق – جلسة ١٩٩٠/٧/٢٥)

١١٠ـ المالك لحصة فى الشيوع تحت شرط فاسخ أو واقف :

يجــوز رفــع دعوى القسمة من الشريك الذى يملك حصة فى المــال الشائع تحت شرط فاسخ ، وإذا رفع دعوى القسمة غيره من الشركاء وجب عليهم اختصامه فى الدعوى .

أما الشريك الذى يملك حصته تحت شرط واقف فإنه لايجوز له رفع دعوى القسمة ، لأنه لايملك سوى اتخاذ الإجراءات التحفظية، والقسمة لاتعد من الإجراءات التحفظية .

أمــا إذا رفعت دعوى القسمة من غيره من الشركاء ، ولو من الشريك الذى يملك حصة تحت شرط فاسخ فإنه يجب اختصامه في الدعوى [١].

١١١ـ جــواز إدخــال مــن لم يختصم من الشركاء فى المال الشائع قبل الفصل في دعوى القسمة :

إذا لم يختصم المدعى فى دعوى القسمة جميع الشركاء فى المال الشائع- بالتفصيل السابق – فله تدارك ذلك وأن يطلب إدخال من لم توجه إليه الدعوى من الشركاء .

كمــا يجــوز هذا الإدخال بناء على طلب المدعى عليهم (مادة ١١٧ مرافعات) .

---

(١) السنهورى ص ١٢١١ – أحمد سلامه ص ٣٨٤ .

ويجوز أيضـــا للمحكمة إدخالهم فى الدعوى من تلقاء نفسها (م ١١٨ مرافعات) .

ويجـــوز للشـــريك الذى لم توجه إليه دعوى القسمة أن يطلب التدخل فيها .

١١٢ـ جـزاء عـدم اختصام بعـض الشـركاء في المال الشائع في دعوى القسمة :

إذا لم يتم اختصام بعض الشركاء في المال الشائع - بالتفصيل الســـابق- فإن الحكم الصادر فى الدعوى لا يكون حجة على من لم يتم اختصامه [١].

ولكـــن لايجوز للشركاء الذين وجهت إليهم الدعوى التحدى بأن الدعـــوى لم توجه إلى كافة الشركاء بطلب الحكم بعدم قبولها، لأن الـــبطلان المترتـــب علـــى عدم تمثيل بعض الشركاء في إجراءات دعوى القسمة هو بطلان نسبى لايجوز التمسك به إلا للشريك الذى لم يختصم وله طلب عدم نفاذ الحكم الصادر بالقسمة في حقه [٢].

---

(١) السنهورى ص ١٢٠٩ - الصده ص ٣٢٥ - إسماعيل غانم ص ١٨٥- جميل الشرقاوى ص ١٥٦ - أحمد سلامه ص ٣٨٤ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ١٢٠٩- إسماعيل غانم ص ١٨٥ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " جــرى قضاء محكمة النقض بأن البطلان المترتب على عدم تمثيل بعض الشركاء في إجراءات دعوى الفرز والتجنيب هو بطلان نسبى لايحق التمسك به إلا للشريك الذى لم يكن طرفا فيها".

(طعن رقم ٢٢٠ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١١/٢٤)

٢- " وفقا للمادة ٨٣٤ من القانون المدنى يترتب على صدر حكم بالقسمة أن يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فــى الشــيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص وأن ما يقضــى به حكم القسمة ملزم لكافة الشركاء المتقاسمين الذى كانوا طرفا في دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم " .

(طعن رقم ٣٧٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨٣/٤/٢٦)

ولمــا كانت إجراءات بيع العقار لعدم إمكان قسمته عينا جزءا من إجراءات دعوى القسمة فإنه يجب اختصام جميع الشركاء فيها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إنــه وإن كان قانون المرافعات القديم قد نص في المادة ٦٢٦ علــى أنــه إذا لم تمكن قسمة العقار بغير ضرر يباع على حسب القواعد المقررة لبيع العقار اختيارا ، وكانت المادة ٦٢٠ مرافعات قديم تجيز لكل صاحب عقار أن يبيعه بالمحكمة " بالأوجه المعتادة" بمقتضــى شروط وروابط للبيع تودع مقدما قلم كتاب المحكمة ، إلا أن هذا لايعنى إغفال طبيعة إجراءات بيع العقار لعدم إمكان قسمته

عيــنا، وأنها جزء من إجراءات دعوى القسمة التى يجب أن يكون جمــيع الشــركاء أطراف فيها ، فإذا حدد قاضى البيوع بناء على طلــب طالب البيع من الشركاء يوما للبيع وجب أن يعلن به جميع الشركاء بالطريق الذى يعلن به أى خصم في أية دعوى ، ولايكفى إمكــان علمهــم بمــا ينشر أو يلصق من إعلانات، إذ هم أطراف الدعــوى الذين يجب أن تتم الإجراءات جميعا في مواجهتهم ، وإلا كــان حكــم رسو المزاد غير صالح لأن يحاج به من لم يعلن من الشــركاء وعــدم إعلان الشريك هو إغفال لإجراء جوهرى يعتبر أصــلا من الأصول العامة في التقاضى ، فضلا عن أنه قد يحول دون ممارســة الشريك لحقوق مقررة له قانونا كحق دخوله المزاد مشــتريا ، أو حق طلب زيادة العشر أو إجراء البيع في مكان آخر غــير المحكمــة ويترتب على ذلك أن إغفال إعلان الشريك باليوم الــذى يحــدد للبيع سواء لأول مرة بعد الحكم بالبيع أو بعد شطب الدعــوى موجب لبطلان الإجراءات التالية ومنها حكم رسو المزاد وما ترتب عليه . وإذن فالحكم الذى يبنى على أن القانون لايوجب إعــلان الشريك باليوم الذى يحدده قاضى البيوع لإجراء البيع لعدم إمكان القسمة يكون مخطئا في تطبيق القانون ".

(طعن رقم ١١٢ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١١/٢٩)

١١٣ـ اعتبار دعوى القسمة من قبيل المطالبة بحق يترتب عليها سقوط دعوى الحيازة التى رفعها الشريك طالب القسمة :

وقد أوضحت ذلك تفصيلا محكمة النقض في حكم حديث لها صادر بتاريخ ١٩٩٥/١١/٩ في الطعن رقم ٨٥٢ لسنة ٦١ ق ذهبت فيه إلى أن :

" إذ كان القضاء فى دعوى قسمة المال الشائع هو حكم يؤثر فى الملكية وتترتب عليه حقوقه لأن الهدف منها إما بيع المال الشائع بطريق المزايدة العلنية فى حالة عدم إمكان قسمته عينا أو إمكان ذلك بإحداث نقص كبير فى قيمته ثم قسمة الثمن الذى يرسو به المزاد على الشركاء وإنما بقسمة المال إلى حصص أو التجنيب بما يستتبع أن يثبت كل شريك أصل ملكيته لحصته الشائعة فى هذا المال وتتسع معه هذه الدعوى بالتالى للفصل في المنازعات التى قد تثور حول هذه الملكية وذلك على النحو الذى بينته المادة ٨٣٨ من القانون المدنى فإن مفاد ذلك أن الحكم فيها يقوم على ثبوت ملكية الشركاء لما يطلبون قسمته من هذا المال مما تعد معه بهذه المثابة من قبيل المطالبة بالحق، لما كان ما تقدم فإن رفع الشريك فى المال الشائع لهذه الدعوى يترتب عليه سقوط ادعائه بالحيازة والذى يكون قد أقام به الدعوى قبل رفعه دعوى القسمة ".

المحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة :

١١٤- النصوص القانونية :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٨٣٦ مدنى على أنه : " إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية".

وتنص المادة ٤٣ مرافعات (معدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩) على أن : " تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم الابتدائى مهما تكن قيمة الدعوى وانتهائيا إذا لم تجاوز قيمتها ألفى جنيه فيما يلى :

١- الدعاوى المتعلقة بالانتفاع بالمياه وتطهير الترع والمساقى والمصارف .

٢- دعاوى تعيين الحدود وتقدير المسافات فيما يتعلق بالمبانى والأراضى والمنشآت الضارة إذا لم تكن الملكية أو الحق محل نزاع .

٣- دعاوى قسمة المال الشائع .

٤- الدعاوى المتعلقة بالأجور والمرتبات وتحديدها " .

١١٥- المحكمة المختصة نوعيا بنظر الدعوى :

تختص المحكمة الجزئية نوعيا بالفصل في دعاوى قسمة المال الشائع أيا كانت قيمة المال ، أى ولو جاوزت قيمته نصاب المحكمة الجزئية وهو عشرة آلاف جنيه ، وكانت الدعوى تدخل بحسب

الأصـــل في اختصاص المحكمة الابتدائية. وهذا اختصاص نوعى اســتثنائى للمحكمـــة الجزئية نصت عليه المادتان ١/٨٣٦ ، ٨٣٨ مدنى والمادة ٤٣ مرافعات .

وجعل الشارع الاختصاص للمحكمة الجزئية في دعاوى قسمة المـــال الشائع ولو زادت قيمة المال الشائع على نصابها المحدد في قـــانون المـــرافعات ، تأسيسا على أن اختصاصها – كما سنرى- لايتـــناول إلا إجراءات القسمة ، وإجراءات القسمة لاتختلف بحسب قيمة المال المراد قسمته ، ورغبة في التعجيل بالإجراءات وحتى لا يطول أمد نظر الدعوى أمام المحكمة .

١١٦ـ المحكمة المختصة محليا بنظر الدعوى :

يجـــب الـــتفرقة في بيان المحكمة المختصة محليا بنظر دعوى القســـمة بين ما إذا كان المال الشائع محل القسمة عقارا أو منقولا فإذا كان المال الشائع عقارا ، كانت المحكمة المختصة هى التى يقع فـــي دائـــرتها العقار أو أحد أجزائه إذا كان واقعا في دوائر محاكم مـــتعددة [1]، وليس من اللازم فى تحديد المحكمة المختصة إذا كان

---

(١) كانـــت الفقـــرة الأولـــى من المادة ١٢٠٤ من المشروع التمهيدى (التى أصبحت المادة ٨٣٦ مدنى) تنص على أنه : " أما إذا اختلف الشركاء ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء بالحضور أمام المحكمة الجزئية التى تقع في دائرتها العقارات أو أكبرها قيمة وإن كان المـــراد قسمته منقولا فأمام المحكمة الجزئية التى يقع في دائرتها موطن

العقـــار مجــزأ أن تكــون هى المحكمة التى يقع في دائرتها أكبر الأجزاء قيمة ، لأن النص لايضع هذا الشرط [1].

أمـــا إذا كان المال الشائع منقولا كانت المحكمة المختصة، هى المحكمـــة التى يقع في دائرتها موطن المدعى عليه أو أحد المدعى عليهم إذا تعددوا .

١١٧ـ إجــراء القسمة العينية :

تـــنص الفقرة الثانية من المادة ٨٣٦ على أن " وتندب المحكمة إن رأت وجهـــا لذلـــك ، خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصـــا إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحق نقص كبير في قيمته ".

فتبدأ المحكمة عند نظر دعوى القسمة ، بندب خبير أو أكثر إذا رأت وجهـــا لذلـــك لإجـــراء القسمة . فقد يرى القاضـى أن تكوين الحصص لا يثير صعوبات خاصة فيقوم بتولى هذه العملية بنفسه، إلا أن العمل بالمحاكم جرى على ندب خبير لإجراء القسمة .

أحـــد المدعـــى عليهم " – إلا أن لجنة المراجعة حذفت الشق الأخير من الفقرة المتعلق بالاختصاص المحلى (مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ ص ١٠٦ ومابعدها) .

(١) الدكـــتور جمـــيل الشـــرقاوى قواعد اختصـــاص المحـــاكم المـــدنيـــة ١٩٥٦/١٩٥٥ ص ١١٤ .

وتكون مهمة الخبيربيان ما إذا كان المال الشائع المراد قسمته ، يمكن قسمته عينا دون نقص كبير يلحق المال الشائع في قيمته ، أم أنه لا يمكن ذلك .

فإذا كانت قسمة المال عينا دون نقص كبيرفى قيمة غيرممكنة ، فإن المحكمة تلجأ إلى طريق قسمة التصفية بالتفصيل الذى سنذكره. أما إذا كانت قسمة المال الشائع عينا ممكنة دون نقص كبير يلحق المال في قيمته ، فإن الخبير يسير في إجراءات القسمة .

(أنظر شرح المادة ٨٣٧) .

مادة (٨٣٧)

١- يكوّن الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى لو كانت القسمة جزئية ، فإن تعذرت القسمة على هذا الأساس جاز للخبير أن يجنب لكل شريك حصته .

٢- وإذا تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عينا ، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه .

الشرح

١١٨ـ كيفية إجراء القسمة العينية إذا كانت ممكنة دون نقص كبير يلحق المال فى قيمته :

إذا تبين أن قسمة المال الشائع عينا ممكنة دون نقص كبير يلحق المال فى قيمته ، فإن الخبير يسير في إجراءات القسمة ، فيقسم المال الشائع حصصا مفرزة على أساس أصغر نصيب إن كان ذلك ممكنا ، فتكون بذلك حصصا متساوية ويستوى في ذلك أن تكون القسمة كلية تشمل كل المال الشائع وجميع الشركاء ، أو جزئية من حيث المال أو من حيث الشركاء بأن يكون المراد قسمته أحد الأموال الشائعة فيقسم هذا المال عن طريق تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب وتترك بقية الأموال شائعة ، أو بأن يكون من طلب القسمة هم بعض الشركاء فيفرز الخبير نصيبهم ثم يقسمه حصصا على أساس أصغر نصيب أيضا .

وعلـــى ذلك لو افترضنا أن الشركاء ثلاثة وكان لشريك خمس المال وللشريكين الآخرين الباقي بالتساوى ، كونت الحصص على أســـاس الخمـــس لأنه أصغر نصيب . وإذا كانت أنصبة الشركاء نصـــف وثلـــث وسدس قسم المال أسداسا . فإذا كانت أنصبتهم هى الثلـــثان والـــربع وجزء من اثنى عشر يقسم المال إلى إثنى عشر جزءا وهكذا (١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى ما يأتى :

" فإذا أمكن قسمة المال عينادون أن تلحقه نقص محسوس وعين خبـــير لتكوين الحصص، كونها على أساس أصغر نصيب حتى لو كانـــت القســـمة جزئـــية بأن كان بعض الشركاء هم الذين يريدون التخلص من الشيوع دون الآخرين.. أما إذا أمكن تكوين الحصص علـــى أساس أصغر نصيب مثل ذلك أن تكون أنصبة الشركاء هى النصـــف والثلـــث والسدس فيقسم المال أسداسا ، أو تكون أنصبتهم هى الثلثان والربع وجزء من اثنى عشر فيقسم المال إلى إثنى عشر جزءا وهكذا " (٢).

أمـــا إذا تعـــذرت قســـمة المال الشائع إلى حصص متساوية ، ولايقصد بتعذر القسمة أن تكون مستحيلة وإنما يمكن أن يتحقق هذا الـــتعذر في غير حالة الاستحالة ، كأن يكون من شأن تقسيم المال

---

(١) توفيق فرج ص ٢٥٩.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ ص ١٢٩ ومابعدها .

إلى حصص صغيرة أن تنقص قيمتها ، أو يقتضى إجراءات معقدة لاتبررها المصلحة المقصودة أو أن توقع في نصيب الشريك أجزاء متناثرة يصعب استغلالها [١].

فى هذه الحالة يتولى الخبير قسمة المال الشائع إلى أجزاء مفرزة، كل منها يمثل حصة أحد الشركاء أى إجراء القسمة على أساس إفراز جزء لكل شريك وفقا لحصته وهذا ما يسمى بالقسمة بطريق التجنيب ولايلزم في هذه الحالة اتفاق جميع الشركاء بل يكفى أن ترى المحكمة تعذر قسمة المال إلى حصص متساوية ، وهذا على خلاف ما كان مقررا في القانون المدنى القديم حيث كان يجب اتفاق الشركاء جميعا على إجراء القسمة بطريق التجنيب عند تعذر إجرائها بطريق الاقتراع وإلا بيع المال الشائع لعدم إمكان قسمته .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" كانت نصوص القانون المدنى القديم تقضى بأن القسمة بين الشركاء يجب أن تجرى أصلا بطريق القرعة إلا إذا وافق الشركاء على إجرائها بطريق التجنيب ، فإن تعذر الأمران – إجراء القسمة على أصغر نصيب تمهيدا للقرعة واتفاق الشركاء على القسمة بالتجنيب، وجب بيع العقارلعدم إمكان قسمته– ولكن هذه النصوص

---

(١) السنهورى ص ١٢٢٢ ومابعدها – أحمد سلامه ص ٣٩١ – إسماعيل غانم ص ١٨٩ .

وإن اتفقـــت مـــع نـــص الفقرة الأولى من المادة ٨٣٧ من القانون المدنى الحالى في أن القرعة هى الأساس وأنه يجوز إجراء القسمة بطريق التجنيب إذا اتفق على ذلك الشركاء إلا أن النصوص تختلف فـــى حالـــة تعذر القسمة على أصغر نصيب تمهيدا لإجراء القرعة فالقانون القديم ما كان يبيح التجنيب بغير رضاء الشركاء بينما يبيح القانون الحالى ذلك " .

(طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٥/٣١)

وفـــى حالتى القسمة على أساس الحصص أو بطريق التجنيب ، قـــد يحدث ألا يتمكن الخبير من جعل الحصص أو الأجزاء المفرزة متســاوية تمامـــا ، وحينـــئذ يساوى بين الحصص أو الأجزاء عن طـــريق ما يسمى (بالمعدل)، وهو عبارة عن مبلغ من النقود يلتزم بدفعـــه من وقع في نصيبه – بطريق القرعة كما سنرى – الحصة الكبرى أو من آل إليه الجزء الأكبر قيمة ، والدائن بهذا المعدل هو الشـــريك الـــذى وقعت في نصيبه الحصة الأصغر أو من آل إليه الجزء الأقل قيمة ، وذلك تعويضا له عن النقص في نصيبه .

وعلى هذا نصت المادة ٢/٨٣٧ مدنى إذ جرت على أن : " إذا تعـــذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عينا ، عوض بمعدل عما نقص في نصيبه " .

وبالبداهة فإنه لكى يتحدد مقدار المعدل فإنه يلزم أن يسبقه تحديد قيمة ما آل إلى كل شريك . والعبرة في تحديد هذه القيمة هى بوقت

إجــراء القســـمة ، إذ في هذا الوقت يصبح كل شريك مالكا ملكية مفــرزة لمـــا آل إلـــيه، ومـــن ثم فلا عبرة بقيمة الحصة عند بدء الشـــيوع، ولا عند رفع دعوى القسمة ، وهذا الحل هو الذى أخذ به الشـــارع المصرى في تقدير الغبن عند طلب نقض القسمة الاتفاقية للغبن كما رأينا [١].

---

(١) السنهورى ص ١٢٢٤ - أحمد سلامه ص ٣٩٢ ومابعدها - عبد المنعم الصـــده ص ٢٢٩- منصور مصطفى منصور ص١٩٢- إسماعيل غانم ص ١٨٩ - ويجب ملاحظة أنه من المستحيل أن تكون العبرة في التقدير بقـيمة الأمـــوال الشـــائعة وقـــت صدور الحكم بالقسمة ، إذ أن تكوين الحصص إنما يتم حتما قبل صدور الحكم . كما أن مهمة الخبير تستغرق عـــادة فـــترة غير قصيرة ، وهو لن يستطيع تقدير كافة الأموال الشائعة جمـــيعا في وقت واحد . ومع ذلك فإنه من الضرورى أن يكون الأساس فـــي تقديرات الخبير تاريخا موحدا . ولذلك جرى قضاء محكمة النقض الفرنســـية على أن لقاضى الموضوع أن يحدد تاريخا معينا ، يراعى فيه أن يكـــون أقرب تاريخ مستطاع إلى وقت صدور الحكم بالقسمة ، يتخذ أساســـا للتقدير بحيث تكون العبرة بقيمة الأموال الشائعة جميعا في ذلك الـــتاريخ وهـــذا القضاء جدير بالاتباع في مصر ، فهو يكفل التوفيق بين الاعتـــبارات المخـــتلفة التى تتنازع الموضوع (إسماعيل غانم ص ١٨٩ ومابعدها هامش ١) .

وقد جاء بالمشروع التمهيدى أنه :

" فـإذا لـم يتيسـر للخبير تكوين الحصص على أساس أصغر نصـيب جـاز له أن يقسـم بطريق التجنيب ، وذلك بأن يعين لكل شريك جزءا مفرزا من المال الشائع يتعادل مع حصته، وإذا اقتضى الأمر معدلا يكمل نصيب بعض الشركاء حدد هذا المعدل " [١].

وظاهر من عبارة نص المادة ٢/٨٣٧ مدنى سالفة الذكر أن هذا الحكم استثناء فلا يجوز الالتجاء إلى هذه الطريقة إلا عند الاقتضاء وبالتالى يجوز للشريك الذى لم يختص بكامل حصته عينا أن يعارض فـي تكويـن الحصص على أساس المساواة في القيمة ويكون على المحكمة أن تأمر بتحقيق المساواة العينية بين الحصص إذا تبين لها أن إجراء القسمة ممكن على هذا الأساس [٢].

ويصـح أن يلجأ الخبير إلى التجنيب ولو كان يمكن قسمة المال علـى أساس تكوين الحصص ، وذلك إذا اتفق جميع الشركاء على ذلـك ، ذلـك أن المشـرع وضـع هذا القيد بقصد حماية مصالح الشـركاء، فـإن هـم أجمعـوا على عدم تمسكهم به كان ذلك من حقهم[٣].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٢٠.

(٢) محمد على عرفه ص ٤٣٢.

(٣) السنهورى ص ١٢٢٣- أحمد سلامه ص ٣٩١ .

ومـــتى طلب الشريك أن تكون القسمة بطريق التجنيب أو وافق على التجاء الخبير إليها فلا يجوز له الرجوع في طلبه أو موافقته[١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا وافــق أحــد الشركاء أمام محكمة أول درجة على إجراء القســمة بطــريق التجنيب فلا يجوز له أن يرجع أمام محكمة ثانى درجة في هذا ويطلب إجراء القسمة بطريق القرعة " .

(طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٥/٣١)

وإذا طلـــب المدعى فى دعوى القسمة فرز وتجنيب نصيبه في المـــال الشـــائع ، ولم يطلب المدعى عليهم ذلك ، كان على الخبير فرز وتجنيب نصيب المدعى فقط وإبقاء المدعى عليهم في الشيوع.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كانـــت المحكمـــة قد ندبت الخبير لفرز وتجنيب نصيب – المدعيـــن– طالبى القسمة والخصم الثالث الذى انضم إليهم بينما لم يطلـــب أحـــد من المدعى عليهم فرز وتجنيب نصيب له فلا تثريب علـــى الخبير إذا قام بفرز وتجنيب نصيب المدعين وأبقى عليهم في الشيوع " .

(طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٥/٣١)

---

(١) السنهورى ص ١٢٢٣ هامش (٢) – أحمد سلامه ص ٣٩٢ .

١١٩ـ أحكام خاصة بقسمة بعض الأموال الشائعة إذا كان سبب الشيوع هو الميراث :

وردت هذه الأحكام في المادتين ٩٠٥ ، ٩٠٦ من التقنين المدنى.

والمادة ٩٠٥ أوردت الأحكام الخاصة بقسمة الأوراق العائلية أو الأشـياء التى تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث ، فنصت على أنـه : " إذا لـم يتفق الورثة على قسمة الأوراق العائلية أو الأشياء الـتى تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث ، أمرت المحكمة إما ببيع هذه الأشياء أو بإعطائها لأحد الورثة مع استنزال قيمتها من نصيبه فـي المـيراث أو دون استنزال ، ويراعى في ذلك ما جرى عليه العرف وما يحيط بالورثة من ظروف شخصية " .

ومـن أمثلة الأوراق والأشياء المذكورة بالنص ملابس المورث ومذكراته وما تركه من ذكريات مادية كالأسلحة وما إلى ذلك .

وهذه يترك طريقة تقسيمها إلى الورثة فإذا لم يتفقوا على ذلك، يقـدر القاضى بشأنها ظروف العائلة والظروف الشخصية للورثة ، فقـد يأمـر ببيعها وقد يعطيها لوارث معين بعد استنزال قيمتها من نصيبه في الإرث أو دون الاستنزال [١].

---

(١) مذكـرة المشروع التمهيدى – مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٧٢.

وقـــد جرى القضاء الفرنسى على أن للورثة الذين لم تؤل إليهم هذه الأوراق أو الأشياء الحق في استخراج صور منها. وهذا قضاء جدير بالاتباع في مصر .

والمـادة ٩٠٦ خاصـة بالمستغل الزراعى أو الصناعى أو التجارى مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها فنصت على أن :

" إذا كـــان بيـــن أمـــوال التركة مستغل زراعى أو صناعى أو تجـــارى مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها ، وجب تخصيصه برمـــته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع به . وثمـــن هذا المستغل يقوم بحسب قيمته ويستنزل من نصيب الوارث فـــي الـــتركة ، فإذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل خصـــص لمـــن يعطـــى من بينهم أعلى قيمة بحيث لاتقل عن ثمن المثل".

ومثل المستغل الزراعى الذى يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها البســـتان ومثل المستغل الصناعى المصنع ومثل المستغل التجارى المـــتجر. فقـــد لاحـــظ المشرع أن من شأن تقسيم المستغل إنقاص قيمته[١]، كما أن اتباع طريق القرعة قد يؤدى إلى أن يقع المستغل فـــي نصـــيب وارث لاتـــتوافر لديه الخبرة اللازمة للاستمرار في استغلاله .

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى- مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٧٤.

ومـــن ثم أوجب النص تخصيص المستغل برمته لمن يطلبه من الورثـــة إذا كـــان أقدرهم على الاضطلاع بإدارته . ويستنزل ثمن المستغل من نصيب الوارث في التركة [١].

ولـــم يتعرض النص لحالة ما إذا كانت قيمة المستغل تزيد على نصيب الوارث ، على أنه ليس هناك من مبرر في هذه الحالة لمنع تطبيق قاعدة تخصيص المستغل لأقدر الورثة على إدارته إن طلب ذلك ، على أن يدفع الفرق في القيمة ، وهذا ما أشارت إليه مذكرة المشروع التمهيدى [٢].

وإذ كـــان مـــن بيـــن الورثة أكثر من واحد يستطيعون النهوض بالمســـتغل فـــيكون وجـــه التفضيل بينهم من يعطى أعلى قيمة مع الاحـــتفاظ دائما بمستوى ثمن المثل على الأقل ، فقد جعل الشارع المزايدة في القيمة مناطا للترجيح بين الورثة الذين يستطيعون إدارة المستغل .

---

(١) وقد ورد النص في المشروع التمهيدى على تقدير ثمن المستغل بمراعاة قـــيمة ما ينتجه لا قيمته كرأس مال فقط ، وجعلت لجنة المراجعة الثمن باعتبار (قيمة إيراده) ، إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عدلت الـــنص علـــى الوضـــع الحالى وذكرت تبريرا لذلك أن "الإيراد قد يتأثر بطريق الاستغلال وقدرة المستغل" – مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٦ ص ٢٧٤ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٢٧٤.

وإذا كـان المسـتغل زراعيا فإن حكم المادة ٩٠٦ مدنى سالف الذكـر قد يتعارض مع حكم المادتين ٢٣، ٢٤ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعى .

فقـد نصت المادة ٢٣ على أن : " إذا وقع ما يؤدى إلى تجزئة الأراضـى الزراعية إلى أقل من خمسة أفدنة سواء كان ذلك نتيجة للبـيع أو المقايضة أو الميراث أو الوصية أو الهبة أو غير ذلك من طرق كسب الملكية وجب على ذوى الشأن أن يتفقوا على من تؤول إليه ملكية الأرض منهم ، فإذا تعذر الاتفاق رفع الأمر إلى المحكمة الجزئية الواقع في دائرتها أكثر العقارات قيمة ، بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو النيابة للفصل فيمن تؤول إليه الأرض ، فإذا لم يوجد مـن يسـتطيع الوفـاء بباقى الأنصبة قررت المحكمة بيع الأرض بطريق المزاد . وتفصل المحكمة في الطلب بغير رسوم ".

وتـنص المادة ٢٤ على أن : " تفصل المحكمة الجزئية – في أيلولة الأرض غير القابلة للتجزئة – من يحترف الزراعة من ذوى الشأن ، فإن تساووا في هذه الصفة اقترع بينهم .

علـى أنـه إذا كـان سـبب الملكية الميراث فضل من يشتغل بالـزراعة من الورثة، فإن تساووافى هذه الصفة قدم الزوج فالولد، فإذا تعدد الأولاد اقترع بينهم ".

والـرأى الغالب أن حكم المادة ٩٠٦ مدنى هو واجب التطبيق لأن المادة المذكورة تعتبر في هذا الصدد نصا خاصا . فهى تتناول

صـــورة خاصة من الأراضى الزراعية هى المستغل الزراعى مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها، ومن ثم تقيد نص المادة ٢٤ من قـــانون الاصـــلاح الـــزراعى وهـــو نص عام التطبيق على كافة الأراضى الزراعية(١) .

١٢٠ـ هل يجوز أن تتضمن القسمة القضائية تقرير حق جديد؟

يمكن القول بوجه عام ، أنه لايصح للقاضى أن يلجأ إلى إنشاء حـــق جديـــد، رغم معارضة بعض الشركاء ، إلا إذا اقتضت ذلك ضـــرورة المحافظة على قيمة المال الشائع . أما إذا أمكنت القسمة عيـــنا ، أو أمكـــن بيع المال في المزاد ، بغير إنشاء حقوق جديدة، ودون أن يترتـــب على ذلك نقص كبير في قيمة المال ، فلا يصح للقاضى أن ينشئ حقا جديدا .

---

(١) راجـــع مؤلفنا مشكلات الملكية والحيازة فى قانونى الاصلاح الزراعى والـــزراعة ١٩٩٣ ص ٢٨٤ – الدكـــتور حسام الدين الأهوانى أصول القانون الزراعى ١٩٧٥ ص ٢٢١ ومابعدها – وفى هذا المعنى : محمد علـــى عـــرفه شرح قانون الاصلاح الزراعى الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ١٢٧ – وعكس ذلك أحمد سلامه القانون الزراعى الطبعة الثانية ١٩٧٦ ص ٢٢١ هـــامش (٢) – فيذهـــب إلـــى أن المادة ٩٠٦ مدنى تتكلم عن الوحـــدة الاقتصادية القائمة بذاتها ، وهذه مسألة مختلفة تماما عن المسألة محل البحث .

ففــيما يــتعلق بحق الارتفاق ، يصح للقاضى أن يقسم العقار الشــائع أجزاء ويقرر لأحد الأجزاء حق ارتفاق على جزء آخر أو على الأجزاء الأخرى ، إذا اقتضى ذلك حسن الاستغلال وكان من المتعذر بيع العقار بالمزاد جملة واحدة لصعوبة العثور على مشتر يقــبل شــراء العقار كله في مقابل ثمن مناسب لقيمته . وقد استقر على ذلك قضاء محكمة النقض الفرنسية .

أمــا فيما يتعلق بحق الانتفاع فلم يعرض فى العمل قضية أثير فــيها البحــث فــي جواز تقريره . وقد كان من الجائز فى القانون الرومانى إنهاء الشيوع بتقرير حق انتفاع لأحد الشركاء وملكية الرقبة لشــريك آخر . ولكن الفقه الفرنسى التقليدى كان يذهب إلى أن فى ذلــك تجــاوزا لسلطة القاضى . وقد رأى البعض أنه إذا توافرت الشــروط المــتقدمة ، مــن حيث ضرورة الالتجاء إلى إنشاء حق الانتفاع حفظا لقيمة المال الشائع فلا يوجد ما يحول دون جواز ذلك، وإن كــان من النادر عملا أن تتوافر هذه الشروط فيما يتعلق بحق الانتفاع (١).

وأما إنشاء حق إيجار لأحد المتقاسمين فى عقار يختص به متقاسم آخــر، فيــثور البحث فيه بوجه خاص فى حالة ما إذا كان صاحب المحل التجارى مالكا للعقار الذى باشر فيه تجارته، ويقتضى الحال بعد وفاته أن يختص أحد ورثته بالعقار وأن يختص وارث آخر بالمحل

---

(١) إسماعيل غانم ص ١٩٩ وما بعدها .

التجارى . فإذا لم يمنح من اختص بالمحل التجارى حق إيجار في العقار الذى اختص به المتقاسم الآخر، فسيترتب على ذلك فى كثير من الأحيان إنقاص قيمة المحل التجارى ، إذا أن جانبا كبيرا من العملاء يتوقف على موقع المحل . ومثل هذا إذا تقرر بيع المحل التجارى في المزاد وتقسيم ثمنه بين الشركاء ، فإذا لم تتضمن قائمة شروط البيع بندا بتقرير حق الإيجار للمشترى فسيحجم الكثيرون عن الدخول فى المزاد ولن يتيسر الحصول إلا على ثمن قليل ولذلك فمن المعقول في مثل هذه الحالات أن يكون لقاضى القسمة سلطة إنشاء حق الإيجار رغم معارضة بعض الشركاء [١].

وأما عن تقسيم العقار الشائع إلى طبقات أو شقق بحيث يختص كل متقاسم بطبقة أو شقة وتبقى الأجزاء المشتركة شائعة بينهم شيوعا إجباريا فقد اختلف فيه القضاء الفرنسى . أما في الفقه فالأغلبية ترى جوازه .

وقد ذهبت بعض الأحكام إلى أنه لايصح الالتجاء إلى بيع العقار في المزاد إذا كان في الإمكان قسمته إلى طبقات أو شقق ، على اعتبار أن هذه القسمة عينية ولايصح العدول عنها مادامت ممكنة إلى قسمة التصفية[٢] .

---

(١) إسماعيل غانم ص ٢٠٠.

(٢) استئناف ليون ١٩ يونيه ص ١٩٥٢ المشار إليه بالمرجع السابق ص ٢٠٠، ٢٠١ .

ويــرى البعض – بحق – أن في هذا القضاء مغالاة ، ذلك أن قسمة المنزل إلى طبقات أو شقق لا تؤدى إلى إفراز كامل، بل تبقى الأجــزاء المشتركة في الشيوع ، فهى تؤدى إلى أن تنشأ ، بجانب الملكــيات المفــرزة للطــبقات أو الشقق ، حقوق جديدة هى حقوق الملكــية المقررة لملاك الطبقات أو الشقق في الأجزاء المشتركة ، وهى ملكية شائعة شيوعا إجباريا وتخضع لتنظيم خاص. ولذلك فلا يصح الالتجاء إلى هذا الطريق إلا إذا تعذرت قسمة التصفية ، بأن كان من المتعذر العثور على مشتر للعقار كله بثمن مقبول [1].

(١) إسماعيل غانم ص ٢٠١.

مـــادة (٨٣٨)

١- تفصل المحكمة الجزئية في المنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص وفى كل المنازعات الأخرى التى تدخل في اختصاصها .

٢- فـــإذا قامت منازعات لا تدخل فى اختصاص تلك المحكمة كـــان عليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية ، وأن تعين لهـــم الجلســـة التى يحضرون فيها ، وتقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائيا في تلك المنازعات.

الشرح

١٢١- تحديد المنازعات التى تثار أمام المحكمة الجزئية وما يتبع للفصل فيها :

إذا أودع الخبـــير المنتدب من المحكمة لإجراء القسمة تقريره، حـــددت المحكمة جلسة لنظر المنازعات التى يبديها الخصوم بشأن القسمة [١].

وقـــد جـــرى العمل على أن تنظر المحكمة هذه المنازعات في جلسات المرافعة التى تلى إيداع التقرير دون تخصيص جلسة معينة لنظر هذه المنازعات .

وتنقسم المنازعات التى تعرض على المحكمة الجزئية حال نظر الدعوى إلى نوعين من المنازعات نعرض لهما فيما يلى :

---

(١) محمد على عرفه شرح القانون المدنى الجديد في حق الملكية ص ٤٣٣.

النوع الأول :

المنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص ويلحق بها المنازعات التى تتعلق بتجنيب نصيب الشركاء .

ومثل هذه المنازعات :

١- ادعاء أحد الشركاء أن الحصص التى كونها الخبير غير متساوية .

٢- ادعاء أحد الشركاء أنه يمكن تقسيم المال بطريقة أفضل من الطريقة التى حددها الخبير .

٣- ادعاء أحد الشركاء أنه يمكن للخبير إجراء القسمة العينية بدون معدل .

٤- ادعاء أحد الشركاء أن المعدل الذى قدره الخبير غير مناسب (منخفض أو مغالى فيه) .

٥- ادعاء أحد الشركاء أن النصيب الذى جنبه له الخبير أقل مما يستحق .

٦- ادعاء أحد الشركاء أنه كان يمكن تجنيب نصيبه بطريقة أفضل [١].

وهذا النوع من المنازعات يدخل فى إجراءات القسمة، ولما كانت المحكمة الجزئية تختص بكافة المنازعات التى تتعلق بإجراءات القسمة أيا كانت قيمة المال الشائع ، ومن ثم فهى تختص بالفصل فى هذه المنازعات .

---

(١) السنهورى ص ١٢٢٦ ويلاحظ أن المحكمة الجزئية تختص أيضا بتقدير تعذر القسمة العينية فتجرى القسمة بطريق التصفية وذلك ببيع المال الشائع بالمزاد وقسمته بين الشركاء .

فـــإذا فصلت المحكمة فى المنازعات المذكورة فإنها تمضى فى نظر الدعوى إلى المرحلة الثالثة من القسمة كما سنرى .

ولايجــوز الطعــن بالاستئناف فى الحكم الصادر من المحكمة الجزئية فى المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص أو بإجراء التجنيب إلا عـــند الطعـــن فى الحكم المنهى للخصومة وهو الحكم الصادر بإعطـــاء كـــل شريك نصيبه فى المال المفرز ، وذلك عملا بالمادة ٢١٢ من قانون المرافعات التى تجرى على أنه : " لايجوز الطعن فى الأحكام التى تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة إلا بعـــد صـــدور الحكـــم المنهى للخصومة كلها ، وذلك فيما عدا الأحكـــام الوقتـــية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى والأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة المختصة وفى هذه الحالة الأخيرة .... الخ "[1].

---

(١) وقـــارن السنهورى ص ١٢٢٦ فيرى أن المحكمة الجزئية عندما تفصل فـــي هـــذه المـــنازعات وتكون قيمتها مما يجوز استئنافه أمام المحكمة الابتدائية التى تتبعها المحكمة الجزئية ، جاز لذوى الشأن من الشركاء أن يســـتأنف حكم القاضى الجزئى أمام المحكمة الابتدائية ولاترجع المحكمة الجزئية إلى متابعة أعمال القسمة إلا بعد أن تصدر أحكام نهائية في جميع هذه المنازعات .

وهـــذا الـــرأى كان يتفق ونص المادة (٣٦١/٤٠٥) من قانون المرافعات الأهلـــى الـــذى كـــان ســـاريا وقت صدور التقنين المدنى إذ كانت تجيز استئناف الأحكام التمهيدية دون الأحكام التحضيرية قبل صدور الحكم في الموضوع ، إذا كان الحكم الصادر في الموضوع مما يجوز استئنافه، أما نـــص المـــادة ٣٧٨ مـــن قانون المرافعات الملغى – الذى حل محله فقد جـــرت علـــى أن الأحكام التى تصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى

النـوع الثانى :

المـــنازعات الأخرى التى لاتتعلق بتكوين الحصص أو بتجنيب نصيب الشركاء، وكلها تدور حول الملكية .

ومثال ذلك :

١- ادعـــاء أحد الشركاء أن شريكا آخر لا يملك شيئا فى المال الشائع .

٢- ادعـــاء أحد الشركاء أن له حصة أكبر فى المال الشائع من الحصـــة التى يقر به باقى الشركاء كأن يدعى أن له الثلث فينازعه باقى الشركاء مدعين أن له الربع .

٣- ادعـــاء أحـــد الشركاء أن شريكا آخر تصرف فى حصته لأجنبى ومن ثم لم يعد مالكا ولايجوز له الدخول في القسمة .

وحكـــم هذه المنازعات ، أنها إذا كانت تدخل بحسب قيمتها في اختصاص المحكمة الجزئية - طبقا للقواعد العامة - تولت المحكمة الجزئية الفصل فيها .

ولايجوز الطعن في الحكم الصادر من المحكمة الجزئية فى هذا الـــنزاع علـــى استقلال ، وإنما يكون الطعن عليه مع الحكم المنهى للخصومة أى الصادرباعطاء كل شريك نصيبه في المال المفرز[1].

ولاتنتهى بها الخصومة كلها أو بعضها لايجوز الطعن فيها إلا مع الطعن فـــي الحكـــم الصــــادر في الموضوع سواء أكانت تلك الأحكام قطعية أم متعلقة بالإثبات أو بسير الإجراءات إنما يجوز الطعن في الحكم الصادر بوقف الدعوى وفى الأحكام الوقتية المستعجلة قبل الحكم في الموضوع.

(١) راجـــع عكـــس ذلك السنهورى ص ١٢٣٧ - وراجع في الرد على هذا الرأى الهامش السابق .

أما إذا كانت المنازعة لا تدخل في اختصاص المحكمة الجزئية طـبقا للقواعـد العامة ، كان عليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية المختصة وأن تعين لهم الجلسة التى يحضرون فيها، وأن تقـف دعـوى القسـمة حيث يفصل نهائيا في ذلك النزاع . فتعود المحكمة الجزئية إلى السير في الدعوى لإتمام القسمة .

والدعـوى تكـون مرفوعة أمام المحكمة الابتدائية ومتصلة بها قانونـا بالإحالـة الصادرة من المحكمة الجزئية دون حاجة إلى أن يسـلك الخصوم الطريق العادى لرفع الدعاوى المنصوص عليه فى المادة ٦٣ مرافعات وذلك استثناء من حكم هذه المادة .

ويكـون الفصل نهائيا في النزاع إذا فات ميعاد استئناف الحكم الصـادر من المحكمة الابتدائية أو طعن في هذا الحكم وفصل في الاستئناف .

فـإذا أصـبح الحكم نهائيا جاز لأى ذى مصلحة من الخصوم تعجـيل السـير فـي دعوى القسمة أمام المحكمة الجزئية لتواصل السير فيها .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى :

" فإن قام نزاع فى تكوين الحصص فصلت فيه المحكمة الجزئية وإن قـام نـزاع فـي غـير ذلك ، كأن تنازع الشركاء في تحديد حصصـهم وادعـى شريك أن له الثلث فنازعه الشركاء الآخرون مدعين أن له الربع ، فصلت المحكمة المختصة في هذا النوع ، فإن كانـت هـى المحكمة الجزئية المختصة بالقسمة تولت الفصل فيها وإلا أحالـت الخصوم على المحكمة المختصة وحددت الجلسة التى

يحضـــرون فيها ، ووقفت دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا في هذا النزاع " [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- مفـــاد نـــص المادة ٨٣٨ من القانون المدنى أن اختصاص محكمـــة المـــواد الجزئية الاستثنائى فى دعاوى القسمة قاصر على المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص ، أما غير ذلك من المنازعات الأخـــرى فلا تختص به إلا إذا كان يدخل في اختصاصها العادى- ومتى كان النزاع الذى أثير في الدعوى أمام محكمة الموضوع يدور حـــول طبيعة الشيوع في "السلم المشترك" وما إذا كان هذا الشيوع عاديـــا أم اجباريا وحول تحديد نطاق الصلح المعقود بين الطرفين بشـــأن هذا "السلم" فهو بهذه المثابة نزاع لايتعلق بتكوين الحصص ويخرج بحسب قيمته من اختصاص قاضى المواد الجزئية نوعيا إذا كانـــت قـــيمة السلم المتنازع عليه – كما قدرها الخبير المنتدب في دعـــوى القسمة وباتفاق الطرفين – تجاوز نصاب تلك المحكمة مما كـــان يتعين معه أن تحيل هذا النزاع إلى المحكمة الابتدائية للفصل فيه عملا بالفقرة الثانية من المادة ٨٣٨ من القانون المدنى وإذ هى لم تفصل فإنها تكون قد جاوزت اختصاصها وخالفت القانون "

(طعن رقم ٢٩٧ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/١/٢٥)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ١٢٠ .

٢- " قول الحكم بأن الفصل في القسمة لايكون إلا بعد الفصل نهائيا في المنازعات القائمة بشأن الملكية واستناده في القضاء بوقف دعوى القسمة إلى نص المادة ٢٩٣ من قانون المرافعات التى لا يكون وقف السير في الدعوى بالتطبيق لها إلا إذا كانت المسألة الأولية التى رأت المحكمة تعليق حكمها على الفصل فيها خارجة عن اختصاصها الوظيفى أو النوعى ، كل ذلك يفيد أن المحكمة الجزئية رأت أنها مختصة بنظر النزاع بشأن الملكية وأن قضاء المحكمة الجزئية بوقف السير في دعوى القسمة إنما بنى على عدم اختصاصها بنظر هذا النزاع وبذلك تضمن قضاء ضمنيا بعدم الاختصاص وإلا فلوأنها رأت نفسها مختصة بنظر هذا النزاع لفصلت فيه ولما لجأت لوقف السير في الدعوى حتى يفصل فيه من محكمة أخرى ذلك أن المادة ٨٣٨ من القانون المدنى تلزم المحكمة الجزئية المطلوب منها إجراء القسمة بالفصل في كل المنازعات التى تدخل في اختصاصها ولاتجيز لها أن تقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائيا في تلك المنازعات إلا إذا كانت خارجة عن اختصاصها " .

(طعن رقم ٢٣٢ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٣/١٦)

٣- " النص في المادة ٨٣٨ من القانون المدنى يدل على أن المشرع جعل الاختصاص بنظر دعوى القسمة للمحكمة الجزئية أيا

كانـــت قيمة الأموال الشائعة التى يراد قسمتها فإذا أثيرت منازعات لا تـــتعلق بإجـــراءات القسمة إنما بأصل ملكية الشريك أو بمقدار حصـــته الشـــائعة ، فإن الفصل فيها يكون للمحكمة المختصة وفقا للقواعـــد العامة ، فإذا كانت من اختصاص المحكمة الجزئية تولت هـــذه المحكمـــة الفصل فيها ، وإذا تجاوزت المنازعات اختصاص المحكمـــة المذكورة فعليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية المختصـــة ، وأن تحـــدد لهـــم الجلسة التى يحضرون فيها وتوقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائيا في تلك المنازعات " .

(طعن رقم ٥٦٥ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٦/١٥)

٤- " دعـــوى قســـمة المـــال الشـــائع . تخصيصه أو بيعه . اختصاص المحكمة الجزئية بنظرها المواد ٣/٤٣، ٤٦٤ مرافعات ، ٨٣٦ مدنى " .

(طعن رقم ٧١٩ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/٤/١٧- غير منشور)

٥- " النص فى الفقرة الأولى من المادة ٨٣٦ من القانون المدنى والـــنص في المادة ٨٣٨ من هذا القانون يدل على أن الشارع ناط بمحكمة المواد الجزئية اختصاصا استثنائيا بنظر دعوى قسمة المال الشـــائع أيا كانت قيمتها ويمتد اختصاصها إلى المنازعات المتعلقة بتكويـــن الحصص أما غير ذلك من المنازعات الأخرى فلا تختص بهـــا إلا إذا كان يدخل في اختصاصها العادى ، فإذا ما أثيرت في

دعـــوى القســـمة مـــنازعة لاتـــتعلق بتكوين الحصص وتخرج من الاختصـــاص العادى للمحكمة الجزئية وجب عليها إن رأت جديتها أن توقـــف دعـــوى القسمة لحين الفصل نهائيا في هذه المنازعة ، وهى لاتكتفى في ذلك بإصدارحكم بالوقف بل ينبغى أن يكون الحكم مقـــرونا بإحالـــة المنازعة إلى المحكمة الابتدائية المختصة بنظرها وأن تعين للخصوم الجلسة التى يحضرون فيها مما يستتبع أن تكون الدعـــوى بتلك المنازعة قد رفعت أمام المحكمة الابتدائية واتصلت بهـــا قانونـــاً بمقتضـــى هذه الإحالة دون حاجة لأن يسلك الخصوم الطريق العادى لرفع الدعاوى المنصوص عليها في المادة ٦٣ من قـــانون المرافعات إذ قد استثنت هذه المادة بصريح نصها من اتباع هـــذا الطريق ما ينص عليه القانون من سبيل آخر لرفع الدعاوى ، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن المنازعة التى أثيرت في دعوى القسمة على ملكية العقار قد أحيلت إلى محكمة قنا الابتدائية للفصـــل فيها إعمالا لحكم المادة ٨٣٨ من القانون فإن الدعوى بهذه المنازعة تكون قد رفعت واتصلت بها تلك المحكمة على نحو يتفق وصحيح القانون " .

(طعن رقم ٧٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٠/١/٢٥)

٦ – " الـــنص فـــى الفقـــرة الأولى من المادة ٨٣٦ من القانون المدنى والنص فى المادة ٨٣٨ من هذا القانون يدل على أن الشارع

نـــاط بمحكمة المواد الجزئية اختصاصا استثنائيا بنظر دعوى قسمة المـــال الشـــائع أيا كانت قيمتها ويمتد اختصاصها إلى المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص أما غير ذلك من المنازعات الأخرى فلا تختص به إلا إذا كان يدخل في اختصاصها العادى . فإذا ما أثيرت فـــي دعوى القسمة منازعة لا تتعلق بتكوين الحصص وتخرج عن الاختصـــاص العادى للمحكمة الجزئية وجب عليها إن رأت جديتها أن توقف دعوى القسمة لحين الفصل نهائيا في هذه المنازعة، وهى لاتكـــتفى فـــي ذلك بإصدار حكم بالوقف بل ينبغى أن يكون الحكم مقـــرونا بإحالـــة المنازعة إلى المحكمة الابتدائية المختصة بنظرها وأن تعين للخصوم الجلسة التى يحضرون فيها مما يستتبع أن تكون الدعـــوى بتلك المنازعة قد رفعت أمام المحكمة الابتدائية واتصلت بها قانونا بمقتضى هذه الإحالة دون حاجة لأن يسلك الخصوم الطريق العـــادى لـــرفع الدعاوى المنصوص عليه في المادة ٦٣ من قانون المـــرافعات إذ قـــد استثنت هذه المادة بصريح نصها من اتباع هذا الطـــريق ما ينص عليه القانون من سبيل آخر لرفع الدعاوى ، لما كـــان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق أن المنازعة التى أثيرت في دعوى القسمة على ملكية العقار قد أحيلت إلى محكمة قنا الابتدائية للفصـــل فيها إعمالا لحكم المادة ٨٣٨ من القانون فإن الدعوى بهذه المـــثابة تكون قد رفعت واتصلت بها تلك المحكمة على نحو يتفق وصحيح القانون ".

(طعن رقم ٧٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٠/٢/٢٥- غير منشور)

٧- (أ)- " مفـــاد نـــص المادتيـــن ١/٨٣٦، ٨٣٨ من القانون المدنى يدل على أن الشارع ناط بمحكمة المواد الجزئية اختصاصا اســـتثنائياً بـــنظر دعوى قسمة المال الشائع أيا كانت قيمتها ويمتد اختصاصها إلى المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص أما غير ذلك مـــن المـــنازعات الأخـــرى فـــلا تختص به إلا إذا كان يدخل في اختصاصها العادى ، فإذا ما أثير في دعوى القسمة منازعة لاتتعلق بتكوين الحصص وتخرج عن الاختصاص العادى للمحكمة الجزئية وجـــب عليها إن رأت جديتها أن توقف دعوى القسمة لحين الفصل نهائيا في هذه المنازعة وهى لا تكتفى في ذلك بإصدار حكم بالوقف بـــل ينـــبغى أن يكـــون الحكم مقروناً بإحالة المنازعة إلى المحكمة الابتدائية المختصة بنظرها وأن تعين للخصوم الجلسة التى يحضرون فـــيها بمـــا يستتبع أن تكون الدعوى بتلك المنازعة قد رفعت أمام المحكمـــة الابتدائـــية واتصلت بها قانوناً بمقتضى هذه الإحالة دون حاجة لأن يسلك الخصوم الطريق العادى لرفع الدعاوى المنصوص علـــيها فـــي المادة ٦٣ من قانون المرافعات إذ استثنت هذه المادة بصـــريح نصـــها من اتباع هذا الطريق ما ينص عليه القانون من سبيل آخر لرفع الدعاوى " .

(ب)- " إذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعن أثار أمام المحكمة الجزئية المنازعة بشأن ملكيته لكامل عقار التداعي بالتقادم المكسب فأحالت المحكمة الجزئية هذا النزاع لمحكمة طنطا الابتدائية المختصة قيمياً بنظرها ومنها أحيلت إلى مأمورية المحلة الكبرى الابتدائية للفصل فيها إعمالاً للمادة ٨٣٨ من القانون المدنى فإن الدعوى بهذه المنازعة - وعلى هذا النحو - تكون قد رفعت واتصلت بها تلك المحكمة الأخيرة على نحو يتفق وصحيح القانون ، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة الصحيحة فإنه لاجدوى بعد ذلك من تعييبه فيما أورده من تقريرات خاطئة ويضحى النعى بهذا السبب غير منتج".

(طعن رقم ١٥٠١ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٣/٤/٤)

١٢٢- القضاء بإحالة الخصوم إلى المحكمة الابتدائية ووقف دعوى القسمة رهين بجدية المنازعة التى يثيرها الخصوم :

يجب على المحكمة الجزئية قبل إحالة الخصوم إلى المحكمة الابتدائية للفصل في النزاع على الملكية ووقف الدعوى ، أن تتحقق من جدية المنازعة ، وتقدير جدية المنازعة مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية مادامت تقيم قضاءها على اعتبارات واقعية مقبولة وأسباب سائغة وبالترتيب على ذلك إذا استبان للمحكمة الجزئية عدم جدية المنازعة كان عليها الالتفات عنها والسير في الدعوى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- (أ) - " لقاضى القسمة تقدير جدية المنازعة في الملك التى تثار أمامه حتى لايصده ذلك عن ممارسة اختصاصه . وهذا التقدير يقتضـــى حـــتما بحث أوجه المنازعة ووزن أسانيدها لا للفصل في موضـــوعها وإنما للوصول إلى قرار بتأخير الفصل في القسمة أو للسير في إجراءاتها " .

(ب)- " تقديـــر جديـــة المـــنازعة في الملك المثارة في دعوى القسمة هو مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية التى لا رقابـــة فـــيها لمحكمة النقض مادامت تقيم قضاءها على اعتبارات واقعية مقبولة وأسباب سائغة " .

(طعن رقم ٢٢٠ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١١/٢٤)

٢- " لمحكمة الموضوع تقدير ما إذا كانت المنازعة في دعوى القســـمة جدية ومؤثرة على الدعوى حتى توقف السير فيها أو أنها ليست كذلك فتطرحها جانبا وتسير في الدعوى " .

(طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٥/٣)

١٢٣- مـن صـاحب الحق في التمسك بوقف الدعوى حتى يفصل نهائيا في النزاع على الملكية ؟

التمســـك بوجـــوب وقـــف دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا في الملكـــية ، مقرر لصالح الخصم الذى ينازع فى الملكية، وهو دون

باقى الشركاء الذى يحق له التمسك بوقف الدعوى . ولكن ليس معنى ذلك أن لمحكمة القسمة ، بدلا من أن تحيل المنازعة التى تخرج عن نصاب القاضى الجزئى إلى المحكمة الابتدائية المختصة، أن تفصل فيها مادام أن من نازع في الملكية لم يطلب وقف دعوى القسمة وإحالة المنازعة إلى المحكمة الابتدائية . ذلك أن قواعد الاختصاص القيمى مما يتعلق بالنظام العام ، ويجب على المحكمة مراعاتها من تلقاء نفسها (م ١٠٩ مرافعات) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" التمسك بوجوب وقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا في الملكية هو من شأن الخصم الذى نازع في الملكية ولا صفة لغيره من الخصوم في التحدى به " .

(طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٥/٣١)

١٢٤ـ الطعن بالاستئناف فى الحكم الصادر بوقف الدعوى:

يجوز الطعن بالاستئناف فى الحكم الصادر من المحكمة الجزئية بوقف الدعوى حتى يفصل نهائيا في النزاع على الملكية إذا كانت قيمة الدعوى تزيد على النصاب النهائى للقاضى الجزئى وذلك عملا بالمادة ٢١٢ مرافعات التى تقضى بأنه : " لايجوز الطعن في الأحكام التى تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها . وذلك فيما عدا الأحكام

الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى ، والأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة المختصة وفى هذه الحالة الأخيرة .... الخ " .

مـادة (٨٣٩)

١- متى انتهى الفصل في المنـازعات وكـانت الحصص قد عينت بطـريق التجنيـب ، أصـدرت المحكمة الجزئية حكما بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل إليه .

٢- فـإن كانـت الحصـص لم تعين بطريق التجنيب ، تجرى القسـمة بطـريق الاقـتراع ، وتثبت المحكمة ذلك فى محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز .

الشرح

إعطاء كل شريك نصيبه المفرز :

١٢٥ـ كيفية إعطاء كل شريك نصيبه المفرز :

إذا انتهـت المحكمـة الجزئية من الفصل فى المنازعات التى أبداها الشركاء فى تكوين الحصص، وإذا فصلت المحكمة الابتدائية نهائيا فى النزاع على الملكية، فإن هذه المنازعات تكون قد حسمت، ويكـون لكـل ذى مصلحة من الخصوم تعجيل دعوى القسمة من الوقـف، وتمضـى المحكمة فى نظر الدعوى لتقضى بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز.

وفى هذا الشأن يتعين التفرقة بين الحالتين :

الحالة الأولى: هى التى يكون نصيب كل شريك قد تعين مفرزا فـى المـال الشـائع بمعدل أو بغير معدل أى تمت القسمة بطريق التجنيب .

والحالــة الثانــية : هــى التى يكون المال الشائع قد قسم إلى حصص متساوية .

ففــى الحالة الأولى ، تصدر المحكمة حكمها بإعطاء كل شريك النصــيب المفرز الذى آل إليه مع إلزامه بأداء المعدل إلى الشريك أو الشركاء الذين عينهم الخبير إن كان .

وفــى الحالة الثانية ، فقد رأينا أن الخبير يقسم المال الشائع إلى حصــص متســاوية على أساس أصغر نصيب ، ولكن هذا التقسيم لايؤى إلى معرفة كل شريك للحصص التى تقع فى نصيبه تحديدا .

وتحقــيقا لذلك وحتى يخضع جميع الشركاء لفرص متساوية فى توزيــع هــذه الحصــص ، فقــد أوجبت المادة ٨٣٩ مدنى توزيع الحصص على الشركاء بطريق القرعة .

فــإذا كــان مجمــوع الحصص التى كونها الخبير تسع وعدد الشــركاء ثلاثــة لواحــد منهم حصة واحدة وللثانى ثلاث حصص وللــرابع خمــس حصص وضعت القرعة فى تسعة أوراق مرقمة ترقيما مسلسلا من رقم (١) إلى رقم (٩) وترقم القطع التسع بنفس الطريقة [١].

---

(١) فتكون كالآتى :

رقم مسلسل (١)	رقم مسلسل (٢)
حصة رقم (١)	حصة رقم (٢)

وهكذا .

ثم يعرض القاضى الورق على الشركاء، ليسحب الشريك الأول ورقة واحدة ، والشريك الثانى ثلاث ورقات والشريك الثالث خمس ورقات فتكون نتيجة القرعة أن يختص كل شريك بالقطعة أو القطع المدون رقمها بالورقة أو الورق الذى سحبه [١].

فــإذا كان المال المراد قسمته عقارا ، فإن القرعة قد تؤدى إلى اختصــاص الشــريك ذى النصيب الذى يزيد على حصة واحدة ، بحصــص مــتفرقة في الغالب الأعم . ولذلك فإن القرعة لا تكون مناســبة في قسمة العقار إلا في حالة تساوى الحصص وهى أكثر مناسبة في قسمة المنقولات على الشيوع [٢].

وللتخلص من هذه النتيجة يمكن للخصوم ارتضاء تقسيم يجريه الخبــير بحيث يجعل حصصهم متحدة ، أو الاتفاق فيما بينهم على التبادل بأنصبتهم بما يحقق لهم ذلك بعد صدور حكم القسمة .

غــير أن الاقتراع يعتبر إجراء حتميا لتحديد الأنصبة ، لاتصح القســمة بغيره ، إلا إذا رضى كل من المتقاسمين بأخذ حصته بغير القــرعة ، بشرط أن يكونوا كلهم أهلا للتصرف ، أما إذا كان من بينهم شخص ناقص الأهلية فالقرعة واجبة .

---

(١) فى هذا المعنى السنهورى ص ١٢٣١ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ١٥٠ – محمد على عرفه ص ٤٣٤.

وفى كل الأحوال التى تجب فيها القرعة تكون القسمة باطلة إذا أهملت القرعة [١].

وإذا اقترح الخبير في تقريره طرقا متعددة لتسوية الأنصباء بطريق القرعة وجب على المحكمة أن تجرى القرعة التى اقترحها الخبير ، ولاتترك طريقا من الطرق التى ذكرها الخبير باعتبار أن الطريق الذى استبعدته يترتب عليه بقاء شيوع جزئى .

وبعد أن تنتهى المحكمة من إجراء القرعة تثبت ذلك في محضرها وتصدر حكمها بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز ولايقتصر أثر الحكم بتوزيع الحصص على تسليم كل شريك نصيبه المفرز الذى آل إليه بل يتناول أيضا تسليم مستندات الملكية المتصلة بالأموال التى وقعت في نصيب كل شريك [٢].

وبما تصدره المحكمة الجزئية من قضاء بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز في الحالتين الأولى والثانية تنتهى دعوى القسمة .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١٠٥١ واستئناف مختلط ٢٠ نوفمبر ١٨٨٩ المشار إليه بهامش رقم (١) بذات الصفحة من المؤلف المذكور .

(٢) وليس في التشريع المصرى نص مقابل للمادة ٨٤٢ من القانون المدنى الفرنسى التى بينت الطريق الواجب اتباعه بالنسبة إلى المستندات الخاصة بالملك المشترك كله عند تجزئته ، أو المستندات المشتركة بين أعيان التركة.

غير أنه يستثنى من ذلك حالة ما إذا كان بين الشركاء غائب أو كـــان بيـــنهم مـــن لم تتوافر فيه الأهلية فإنه يجب تصديق المحكمة الابتدائـــية على النحو الذى سنذكره تفصيلا ، وفى هذا الفرض تمر دعوى القسمة بالمرحلة الرابعة .

مـــادة (٨٤٠)

إذا كـــان بيـــن الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلـــية ، وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا ، وذلك وفقا لما يقرره القانون .

الشــــرح

١٢٦ـ مـتى يلـزم تصديق المحكمة على حكم القسمة الصادر من المحكمة الجزئية ؟

يلـــزم تصديق المحكمة وهى المحكمة الابتدائية – كما سنرى– علـــى حكـــم القسمة الصادر من المحكمة الجزئية إذا كان من بين الشـــركاء في المال الشائع طرفى القسمة ، غائب أو محجور عليه لجـــنون أو عـــته أو غفلـــة أو سفه أو قاصر مشمول بالوصاية أو بولايـــة جده لأبيه . أما إذا كان القاصر مشمولا بولاية أبيه ، فإنه لايلـــزم التصديق على حكم القسمة . والخصوم الذين تتطلب المادة التصـــديق مـــن المحكمة الابتدائية على حكم القسمة بالنسبة لهم هم ذات الخصـــوم الذيـــن تتطلب المادة ٨٣٥ مدنى اتخاذ الإجراءات المنصـــوص علـــيها بالمادتين ٤٠ ، ٧٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال بالنسبة لهم عند إجراء القسمة الاتفاقية .

(راجع في التفصيل شرح المادة ٨٣٥).

١٢٧ـ المحكمة المختصة بالتصديق وما يجب التصديق عليه :

تنص المادة ٨٤٠ مدنى على أنه : " إذا كان بين الشركاء غائب أو كـان بيـنهم من لم تتوافر فيه الأهلية ، وجب تصديق المحكمة علـى حكـم القسـمة بعد أن يصبح نهائيا ، وذلك وفقا لما يقرره القـانون " – وكانت المادة (٤٥٦/٥٥٢ مدنى قديم) المقابلة للنص الحـالى تقضـى بأنه : " إذا كان أحد الشركاء قاصرا أو غير أهل للتصـرف أو غائـبا ، وجب التصديق من المحكمة الابتدائية على قسمة الأموال إلى حصص " .

وهـناك فارق بين النصين ، فالنص القديم يوجب التصديق من المحكمـة الابتدائـية على قسمة الأموال إلى حصص، أى بعد أن تنـتهى المحكمـة الجزئية من تكوين الحصص والفصل فيما يثار حولها من منازعات ، وقبل أن تصدر الحكم المنهى لدعوى القسمة بإعطاء كل شريك نصيبه الفرز، أما النص الحالى فيوجب التصديق بعـد صـدور الحكم المذكور ، وذلك حتى يتسنى للمحكمة مراقبة إجراءات القسمة كلها بما فيها عملية الاقتراع [١].

وهذا المعنى هو ما أفصحت عنه المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بقولها :

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٣٦ .

" وحكم القسمة هذا هو الذى تصدق عليه المحكمة الابتدائية إذا كان بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية ولم يكن له ولى شرعى .

أمــا في التقنين الحالى ، فالمحكمة الابتدائية تصدق على قسمة الأمــوال إلى حصص [١]، وقد رؤى أن الأولى أن يكون التصديق على حكم القسمة نفسه" [٢].

وكانــت الفقرة الثانية من المادة ١٩ من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ بإصــدار قانون المحاكم الحسية – السارى في ظل التقنين المدنـــى – متفقا مع المادة ٤٥٦ المذكورة ، إذ جرت الفقرة المشار إلــيها علـــى أن : " وفـــى حالـــة القسمة القضائية يكون التصديق المنصوص عليه في المادة ٤٥٦ من القانون المدنى من اختصاص المحكمـــة الحســـبية الكلية " [٣]، غاية الأمر أنه جعل التصديق من اختصاص المحكمة الحسبية الكلية مما حدا بلجنة الشئون التشريعية بمجلــس النواب عند نظر مشروع التقنين المدنى الجديد إلى حذف لفـــظ (الابتدائـــية) الوارد بعد لفظ (المحكمة)، وجاء بتقريرها أنها

---

(١) وكان هذا هو الرأى الراجح في ظل التقنين الملغى .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٢٠.

(٣) باعتـــبارها أقدر في تفهم أحوال ناقص الأهلية – هاشم مهنا الموسوعة الحسبية – الطبعة الأولى ١٩٤٨ ص ٣٩٢.

عدلت المادة " تعديلا يتسق مع مشروع المحاكم الحسبية الذى وافق عليه مجلس النواب "[١].

ولمـا صدر المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بعد العمل بالتقنيـن المدنى الجديد- والذى ألغى القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ نـص فـي المادة ٤٠ منه على أن : " وفى حالة القسمة القضائية تصـدق المحكمـة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأمـوال إلـى حصـص . ولهذه المحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لذلك .

وإذا رفضت التصديق تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص علـى الأسـس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم . ويقوم مقام التصـديق الحكـم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص " .

وواضـح مـن هذه المادة أنها جعلت التصديق من اختصاص المحكمـة الابتدائية التى تتبعها المحكمة الجزئية التى تنظر دعوى القسـمة ، وقصرت تصديق المحكمة الابتدائية على قسمة الأموال إلـى حصص . فيكون التصديق بعد تكوين الحصص والفصل فيما يـثار بشـأنها مـن منازعات بين الشركاء ، وقبل إجراء القرعة وصدور الحكم بالقسمةأى بإعطاء كل شريك نصيبه مفرزا، وتكون

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١١٤ ومابعدها .

المـــادة بذلك قد عادت إلى مسايرة المادة (٥٥٢/٤٥٦) من التقنين المدنـــى السابق ، وخالفت نص المادة ٨٤٠ من التقنين الحالى التى توجـــب التصديق على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا ، رغم أن هذه المادة أحالت إلى القانون المنظم لأحكام الولاية على المال .

وإزاء الـــتعارض بين نص المادة ٨٤٠ مدنى ، والمادة ٤٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ [(١)]، نرى أن المادة الأخيرة قـــد نســـخت المادة الأولى باعتبارها لاحقة لها ، ومما يؤيد ذلك ما نصـــت عليه المادة الثانية من قانون إصدار القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ مـــن أن : " يلغى الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية الصـــادر بالقـــانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ وكذلك يلغى كل ما كان مخالفا للأحكام المقررة في النصوص المرافقة لهذا القانون " [(٢)].

---

(١) ومـــع الأســـف نجد المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بعـــد أن عرضت لحكم المادة (٤٠) تضيف أنه : " وقد فصلت الأحكـــام المتقدم ذكرها إعمالا للإحالة المشار إليها في المادة ٨٤٠ من القانون المدنى، وهى التى تقضى بأنه إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية ، وجب تصديق المحكمة على القسمة بعد أن يصبح الحكم نهائيا، وذلك وفقا لما يقرره القانون " ، فقد اعتبرت أن حكم المادة جاء عملا بالإحالة الواردة بالمادة ٨٤٠ من القانون المدنى ، بالرغم من أنها خالفت هذه المادة صراحة .

(٢) مـــن هذا الرأى : السنهورى ص ١٢٣٥- أحمد سلامه الملكية الفردية ص ٣٩٥ – محمـــد على عرفه ص ٤٣٦ وما بعدها وقارن الصده ص

وبالترتيـــب على ذلك فإن يجب إعمال ما تقضى به المادة ٤٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

فـــإذا كان بين الشركاء غائب أو محجور عليه للجنون أو العته أو السفه أو الغفلة أو قاصر مشمول بالوصاية أو بولاية جده لأبيه، تعيـــن علـــى المحكمة الابتدائية التى تتبعها المحكمة الجزئية التى تنظر دعوى القسمة التصديق على قسمة الأموال إلى حصص بعد أن تفصل المحكمة الجزئية يما يثور بشأنها من منازعات .

فإذا كان قد أثير أمام المحكمة الجزئية نزاع يتعلق بالملكية من اختصـــاص المحكمـــة الابتدائية ، تعين أن يكون تصديق المحكمة الابتدائية بعد صيرورة الحكم الصادر فى النزاع على الملكية نهائيا.

وللمحكمـــة الابتدائـــية إذا عن لها استجلاء أمر من الأمور أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم في جلسة تحدد لذلك .

فـــإذا صدقت المحكمة الابتدائية على تكوين الحصص استأنفت المحكمة الجزئية السير في نظر دعوى القسمة .

٢٢٩، منصـــور مصطفى منصور ص ١٩٢ فهما يعرضان فقط لحكم المادة ٨٤٠ مدنى دون أن يناقشا أمر المادة ٤٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢، والبدراوى ص ١٨٥ فهو رغم عرضه نص المادة ٤٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ يذهب إلى أن التصديق يكون على الحكم الصادر بالقسمة ، وتوفيق فرج ص ١٨٧ فرغم إشارته إلى المادة ٤٠ في هامش (١) يذهب إلى ذات الرأى .

أما إذا رفضت التصديق على تكوين الحصص وجب عليها أن تقسم الأموال إلى الحصص التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم، وحينئذ تلتزم المحكمة الجزئية بهذا التقسيم [١].

وواضـــح من صراحة نص المادة ٤٠ سالفة الذكر أن المحكمة الابتدائـــية تصـــدق على قسمة الأموال إلى حصص، أى أن مجال تصـــديق المحكمة الابتدائية عندما تجرى القسمة عن طريق قسمة المال إلى حصص .

إلا أن رأيـــا في الفقه – نؤيده – ذهب إلى أنه لما كان ما يقابل قســـمة المـــال إلى حصص في القسمة بالاقتراع هو تجنيب أنصبة الشـــركاء في قسمة التجنيب فإنه يجب التصديق على تجنيب أنصبة الشـــركاء قياسا على التصديق على قسمة المال إلى حصص ، ولما كـــان تجنيب أنصبة الشركاء يختلط من الناحية العملية بحكم القسمة ولايفصل بينهما الاقتراع كما هو الأمر فى قسمة المال إلى حصص، فإنه يصح، القول من الناحية العملية دائما ، أنه في حالة القسمة عن

---

(١) وأصـــبح لا محـــل لإعمال ما يقضى به عجز المادة ٤٠ من المرسوم بقـــانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ من أنه يقوم مقام التصديق الحكم الذى تصدره المحكمة الابتدائية بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص ، بعد أن خلصنا إلى عدم جواز استئناف الأحكام الصادرة في منازعات تكوين الحصص إلا مع الحكم المنهى لدعوى القسمة .

(راجع فى التفصيل بند ٣٥٢) .

طريق التجنيب تصدق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة الصادر من المحكمة الجزئية بتجنيب أنصبة الشركاء [١].

---

(١) السنهورى ص ١٢٣٦ .

مــادة (٨٤١)

إذا لــم تمكــن القسمة عينا ، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته ، بيع هذا المال بالطريق المبينة فــي قانون المرافعات ، وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع (١).

---

(١) وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٩٩٨/١/٣ برفض القضية رقــم ٣٦ لســنة ١٧ قضائية "دستورية" التى رفعت بطلب الحكم بعدم دستورية نص المادة ٨٤١ من القانون المدنى فيما تضمنه من بيع المال الشــائع بالطرق المبينة بقانون المرافعات وذلك إذا تعذرت قسمته عينا بغير نقص كبير في قسمته. وقد نشر الحكم بالجريدة الرسمية العدد (٣) في ١٥ يناير سنة ١٩٩٨ وننشر الحكم بأسبابه كاملة فيما يلى :

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلســة العلنــية المنعقدة يوم السبت ٣ يناير سنة ١٩٩٨ م الموافق ٥ رمضان سنة ١٤١٨ هــ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور / عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وعضوية السادة المستشارين : محمد ولى الدين جلال ونهاد عبد الحميد خــلاف وفــاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن نصير وسامى فرج يوسف وعدلى محمود منصور .

وحضور السيد المستشار الدكتور / حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد / حمدى أنور صابر .... أمين السر .

أصدرت الحكم الآتى :

فـــى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٣٦ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" .

المقامة مـــــن :

السيد / صلاح الدين محمود عبد الوهاب .

ضـــــد :

١- السيد / رئيس الجمهورية .

٢- السيد / رئيس مجلس الوزراء .

٣- السيد المستشار / وزير العدل. بصفاتهم

٤- الدكتور / محمود أحمد فؤاد .

الإجــــــراءات

بـــتاريخ ٢٨ من مايو سنة ١٩٩٥ ، أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلـــم كـــتاب المحكمة ، طالبا الحكم بعدم دستورية نص المادة ٨٤١ من القانون المدنى فيما تضمنه من بيع المال الشائع بالطريق المبينة بقانون المرافعات وذلك إذا تعذرت قسمته عينا بغير نقص كبير في قيمته .

قدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة .

وحيــث إن الوقائع- على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق- تتحصل في أن المدعى عليه الرابع كان قد أقام ضد المدعى الدعوى رقم ١٦٥ لسـنة ١٩٩٠ مدنى محكمة الدقى الجزئية يطلب فيها الحكم بفرز نصـيبه الشـائع وتجنيبه في العقار رقم ١ شارع المستشار عبد العزيز حلمـى قسـم الدقى محافظة الجيزة ، مع الحكم ببيع هذا العقار جميعه بالمزاد العلنى إذا تعذرت القسمة .

وقد دفع المدعى هذه الدعوى أصليا ، بعدم قبولها تأسيسا على أنه يملك كـامل العقار المشـار إليه أرضا وبناء بمقتضى عقد بيع ابتدائى مؤرخ ١٩٥٤/١/١ اقـترن بوضـع الـيد المدة الطويلة المكسبة للملكية التى جـاوزت أربعيـن عاما كانت الحيازة فيها هادئة ظاهرة مستمرة وبنية الـتملك . ولم يكن للمدعى عليه الرابع بالتالى أية حصة شائعة فيه ، لا عن طريق الوصية الواجبة التى يدعيها ، ولا من خلال أى طريق آخر، واحتياطـيا الحكـم بإحالتها إلى المحكمة الابتدائية المختصة للفصل في الـنزاع حـول الملكية عملا بالفقرة الثانية من المادة ٨٣٨ من القانون المدنى.

وقـد مضـت محكمة الموضوع في نظر دعوى المدعى عليه الرابع ، وندبت خبيرا لمعاينة العقار وبحث إمكان قسمته عينا . وإذ انتهى الخبير إلـى عـدم إمكان ذلك ، فقد عهدت إليه بتقدير ثمنه ، مما حمل المدعى على الدفع بعدم دستورية المادة ٨٤١ من القانون المدنى التى تمسك بها المدعـى علـيه الـرابع، واعتبرها أساسا لدعواه . وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية الدفع ، وصرحت للمدعى بالطعن بعدم الدستورية ، فقد أقام الدعوى الماثلة .

وحيث إن المادة ٨٤١ من القانون المدنى تقضى بأنه إذا لم تمكن القسمة عينا ، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته ، بـيع هذا المال بالطريقة المبينة في قانون المرافعات ، وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا ذلك بالإجماع .

وحيث إن المدعى ينعى على النص المطعون فيه إخلاله بالحماية التى كفلها الدستورية للملكية الخاصة ، ذلك أن الملكية لاتنزع وفقا للدستور عن أصحابها، إلا لمنفعة عامة ومقابل تعويض . وبيع العقار الذى تتعذر قسمته بالمزاد وفقا للنص المطعون فيه ، هو انتزاع للملكية من أصحابها فـي غير الأحوال التى نص عليها الدستور . ولايدخل تقرير هذا النص في إطار السلطة التقديرية التى يملكها المشرع ، ذلك أن سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق لا تعنى ترخصه في التحرر من الضوابط التى فرضـها الدسـتور كحـدود نهائية لهذا التنظيم لايجوز تخطيها ، فإذا اقتحمها المشرع ، كان ذلك إهداراً لها . وكان أولى بالمشرع - إذا كان قـد توخـى بالنص المطعون فيه حقا تحقيق التوازن بين الشركاء على الشـيوع- أن يكـتفى بقصـر البيع على الحصة الشائعة وحدها بالثمن المقدر لها ، دون غيرها من حصص باقى الشركاء الذين يتمسكون ببقاء ملكيتهم لها حتى لاتنزع منهم بغير رضاهم .

وحيـث إن المصـلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط لقبول الدعوى الدسـتورية- مـناطها اتصـالها عقلا بالمصلحة التى يقوم بها النزاع الموضـوعى ، وذلـك بـأن يكون الحكم في المسائل الدستورية لازما للفصـل فـي الطلبات الموضوعية ، المرتبطة بها ، وكان الخبير الذى عينـته محكمة الموضوع لبحث مدى إمكان قسمة العقار المتنازع عليه

عيـــنا ، قد خلص إلى أن هذا العقار مملوك أصلا للمرحوم محمود عبد الوهـــاب بمقتضـــى عقد مسجل ثم انتقلت الملكية بعد وفاته إلى ورثته الشـــرعيين ، ومن بينهم المدعى عليه الرابع ، وأن عقد البيع الابتدائى المؤرخ ١٩٥٤/١/١ المقدم من المدعى ليس مسجلا، وأن القسمة متعذرة دون أن يلحق العقار نقص كبير في قيمته ، متى كان ذلك ، وكان النص المطعون فيه قد حتم بيع عقار النزاع بالمزاد في هذه الصورة ، فلا تبقى حالـــة الشـــيوع التى يصر المدعى على استمرارها ، فإن مصلحته في إبطال هذا النص تكون متحققة .

وحيـــث إن الحماية التى كفلها الدستور للملكية الخاصة ، لازمها أن كل تنظـــيم تشـــريعى لايجوز أن ينال من أصل الحق فيها ولا أن يغير من أوضاع ممارستها Ces modes d`exercise دون ما ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية . فإذا آل هذا التنظيم – سواء بالنظر إلى محتواه أو مـــن زاوية الآثار التى يرتبها – إلى حرمان من يملكون من ملكيتهم ، كان مخالفا للدستور .

N` entre pas dans le champ d`application de la protection due au droit de propriété une disposition législative qui n`a ni pour objet,ni pour effet d`entrainer la privation de ce droit .

(85 - 189Dc, 17 Juillet 1985. Cons . 13. Rec . p . 49)

وحيث إن من المقرر أن الملكية الشائعة تقع على مال معين تعيينا ذاتيا ، وبهـــا يكون هذا المال مملوكا لأكثر من شخص واحد، كل بقدر حصته فيه، فلا يقع حق كل من الشركاء إلا على حصة شائعة فى هذا المال، مع بقـــاء المال ذاته كلا غير منقسم. ومن ثم كان منطقيا أن تنص المادتان

٨٢٥، ٨٢٦ من القانون المدنى على أنه إذ ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه ، كانوا شركاء على الشيوع ، ومتساوين في حصصـــهم إلا إذا قـــام الدلـــيل على غير ذلك . ويعتبر كلا منهم مالكا لحصـــته ملكا تاما وعلى تقدير شيوعها في كل المال وليس تركزها في أحـــد جوانبه. وهذه الخاصية وحدها هي التى تباعد بين الملكية المفرزة التى لاتخالطها غير يد صاحبها ، وبين الملكية الشائعة التى يتزاحم عليها الشركاء فيها ، وإن كانت كلتاهم ملكية فردية تتكامل عناصرها .

وحيث إن من المقرر كذلك أن الشيوع ليس وصفا دائما يتصل بالمال فلا يـــزول أبـــدا وإنمـــا يكون الشيوع عادة مؤقتا ، ومنقضيا حتما بالقسمة باعتبارها سببا يتوخى أصلا إنهاءه ، وحقا لكل شريك ما لم يكن مجبرا علـــى البقاء في الشيوع بمقتضى نص في القانون أو بناء على اتفاق مع الشركاء الآخرين على ذلك ، لمدة معينة موقوته بطبيعتها لاتجاوز زمنا أقصـــاه خمـــس سنين على ما تقضى به المادة ٨٣٤ من القانون المدنى حـــتى لاينقلـــب الشيوع مؤبدا ، وكان إنهاء حالة الشيوع بصفة باتة من خـــلال القســـمة ، مؤداه أن تكون نهائية ، لاترتبط بمنافع الأعيان ، بل بملكيتها ، ولاتعلق على شرط يزيل حكمها بأثر رجعى ، فاسخا كل هذا الشرط أم واقفا ، وكان الأصل في القسمة النهائية أن تكون كلية تتناول الأمـــوال الشـــائعة جميعها ولاتقتصر على بعض أجزائها ، وأن تكون كذلك قسمة عينية تفرز لكل من الشركاء نصيبا في الأموال الشائعة ذاتها لايـــتعداه ، فـــإذا كان إجراء القسمة عينا متعذرا في هذه الأحوال ، فإن تصفيتها من خلال بيعها في المزاد ، واختصاص كل من الشركاء بجزء

مــن ثمــنها يكون معادلا لحصته فيها ، يعتبر إجراء ملائما وضروريا باعتبار أن الشيوع ليس مرغوبا فيه ، وقد يلحق بالشركاء ضررا .
وحيث إن القسمة النهائية – كلية كانت أو جزئية ، عينية كانت أو قسمة تصفية – قد تكون قسمة اتفاقية تتم باتفاق كل الشركاء على إجرائها بغير اللجــوء إلى القضاء ، فإذا لم يتيسر الاتفاق، كان القضاء سبيلها . وهذه هى القسمة القضائية التى عنتها المادة ٨٤١ من القانون المدنى المطعون عليها ، ومفادها أنه كلما كان من شأن قسمة الأموال الشائعة عينا إلحاق نقــص كبير في قيمتها ، فإن قسمتها من خلال حكم يصدر عن المحكمة الجزئــية المــرفوع أمامهــا دعوى القسمة ، تتم – وأيا كانت قيمة هذه الأموال–من خلال بيعها بالمزاد وفقا للقواعد الإجرائية التى حددها قانون المــرافعات ، وبمــراعاة أن اتفاق الشركاء على قصر المزايدة عليهم ، يعتبر اتفاقا صحيحا ملزما لهم جميعا .
وحيث إن ما تقدم مؤداه ، أن النص المطعون فيه لايتعلق بالأحوال التى ينعقد فيها إجماع الشركاء المشتاعين على تقرير الطريقة التى ينهون بها شــيوع حصصـــهم وسريانهم في أموال بذواتها ، وإنما يخول المحكمة الجزئية المرفوع إليها طلب قسمتها بعد تعذر الاتفاق عليها، وعلى ضوء ما ينتهى إليه الخبراء الذين تندبهم لهذا الغرض، بيعها بالمزاد لتصفيتها ، وذلك كلما كان من شأن قسمتها عينا الإضرار بقيمتها بصورة ملحوظة ولا إهدار في ذلك لحق الملكية ، ذلك أن كلا من الشركاء على الشيوع، إنمــا ينال من ثمن الأموال التى تقرر بيعها بالمزاد جزءا يعادل حصته فــيها. كذلــك فإن بيعها لايعتبر انتزاعا لملكيتها من أصحابها في غير الأحــوال الــتى نص عليها القانون ، وإنما ليستخلص كل منهم ما يقابل

١٢٨ـ متى تجرى القسمة بطريق التصفية ؟

أوضحنا سلفا أن القسمة بطريق التصفية تكون ببيع المال الشائع بالمـــزاد العلنى ، وتوزيع حصيلة ثمنه على الشركاء فيه كل بقدر حصته .

حصته فيها بعد أن استحال فرزها وتجنيبها دون نقص كبير يلحق قيمتها، وهو ما يعنى أن النص المطعون فيه قد تقرر لضرورة، وقدرها بقدرها، ترجيحا لمصلحة أعم على مقاصد محدودة أهميتها .

وحيـــث إن ما ينعاه المدعى من أن بيع العقار محل التداعى وفقا للنص المطعـــون فيه يتضمن إهدارا لحق الملكية التى كفل الدستور صونها ، مـــردود بـــأن حقـــوق الملكـــية التى يحميها الدستور ، هى التى تتصل مباشـــرتها بضـــمان مقوماتهـــا ، وكذلـــك بالمزايا التى ترتبها الملكية لأصـــحابها privileges not constituting property are not entited to protection والـــتى لايندرج تحتها أن يظل الشيوع قائما أبدا بالأموال التى تعلق بها ، متصلا بها اتصال قرار ، فلا ينقضى في أية حال، ولو كان إنهاؤه مبررا مثلما هو الأمر فى النص المطعون فيه. وحيث إن النص المطعون فيه لايتعارض مع حكم في الدستور من أوجه أخرى .

فلهذه الأسباب

حكمـــت المحكمـــة برفض الدعوى وبمصادرة الكفالة وألزمت المدعى المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

رئيس المحكمة

وقــد نصت المادة ٨٤١ مدنى على حالتين تجرى فيهما القسمة بطريق التصفية .

الحالة الأولى :

إذا لم يمكن قسمة المال الشائع عينا، إذ فى هذه الحالة يكون في القســمة العينــية إتلاف للمال الشائع ، كأن يكون المال حيوانا أو سيارة أو قطعة من الحلى .

الحالة الثانية :

إذا كانــت قســمة المــال الشائع عينا ممكنة ، ولكن من شأنها إحداث نقص كبير في قيمته . كما لو كان المال الشائع قطعة أرض معــدة للبــناء ولــو قسمت لأصبح كل جزء منها صغيرا إلى حد لايســمح بالبــناء فيه ، أو لايسمح إلا ببناء مبان صغيرة ، أو كان منزلا معدا لسكنى أسرة واحدة .

ولقاضـــى الموضـــوع سلطة مطلقة في تقدير ما إذا كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته أو أنه بالعكس لا يمكن قسمته عينا ، فيأمر ببيعه في المزاد (١).

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٣٩ ونقض فرنسى في ٢٢ أكتوبر ١٩٤٥ الذى أشار إليه بهامش رقم (٢) .

١٢٩ـ المحكمة المختصة بإجراء القسمة بطريق التصفية :

يمكن القول أن الحكم ببيع المال الشائع بالمزاد هو نتيجة دعوى القسمة أو هو القسمة بعينها إذ المراد منه التخلص من الاشتراك وقسمة الثمن . ومن ثم فإن المحكمة الجزئية المختصة بإجراء القسمة عينا هى المختصة بالحكم ببيع المال الشائع بالمزاد [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد نص المادتين ٨٣٨ (فقرة أولى) و ٨٤١ من القانون المدنى والمادة ٤٣ من قانون المرافعات أن المحكمة الجزئية تختص نوعيا بالفصل في كافة المنازعات المتعلقة بتكوين حصص الشركاء في المال الشائع وذلك بتقويمه وقسمته حصصا فإذا ما تحققت من عدم إمكان قسمته عينا أو أن من شأن ذلك إحداث نقص كبير في قيمته فإنها تصدر حكما بإجراء بيع المال بالمزايدة " .

(طعن رقم ٢٣١١ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٦/٦/١١)

١٣٠ـ الحكم ببيع المال الشائع بالمزاد :

إذا رأت المحكمة الجزئية أن القسمة العينية غير ممكنة ، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، أصدرت حكما بإجراء بيع المال الشائع بالمزاد . وتقف المحكمة في حكمها عند هذا الحد .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١٥٧ ومابعدها – اسماعيل غانم ص ١٩٣.

كيفيـة إجـــراء البيع :

١٣١ـ أولاً : بالنسبة للعقار :

أحالت المادة ٨٤١ مدنى إلى قانون المرافعات في الطريقة التي يباع بها المال الشائع .

وقــد نصت المادة ٤٦٤ مرافعات على أنه إذا أمرت المحكمة ببــيع العقـــار المملوك على الشيوع لعدم إمكان القسمة بغير ضرر يجــرى بــيعه بطريق المزايدة على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة الجزئية المختصة من يعنيه التعجيل من الشركاء .

وتشتمل قائمة شروط البيع على البيانات الآتية :

١- تعيين العقار الشائع ببيان وصفه وموقعه ومساحته وحدوده وأرقـــام القطع وأسماء الأحواض ورقمها التى يقع فيها وغير ذلك ممـــا يفـــيد في تعيينه وذلك بالتطبيق لقانون الشهر العقار (مادتان ٤٠١، ٤٦٠ مرافعات) .

٢- شـــروط البيع والثمن الأساسى ويكون تحديد هذا الثمن وفقا للفقرة الأولى من المادة ٣٧ مرافعات [(١)].

---

(١) تنص المادة ١/٣٧مرافعات (معدلة بالقانون رقم ١٨لسنة ١٩٩٩) على أن يراعى في تقدير قيمة الدعوى ما يأتى :

١- الدعـــاوى التى يرجع في تقدير قيمتها إلى قيمة العقار يكون تقدير هذه القيمة باعتبار خمسمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه إذا كـــان العقـــار مبنيا ، فإن كان من الأراضى يكون التقدير باعتبار أربعمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية .

فإذا كان العقار غير مربوط عنيه ضريبة قدرت المحكمة قيمته .

٣- تجزئة العقار إلى صفقات إذا اقتضت الحال مع ذكر الثمن الأساسى لكل صفقة .

٤- بيان سندات الملكية .

٥- بيان جميع الشركاء وموطن كل منهم .

(م ٤٦٥ مرافعات) .

وترفق بقائمة شروط البيع المستندات الآتية :

١- شهادة ببيان الضريبة العقارية أو عوائد المبانى المقررة على العقار .

٢- سندات الملكية .

٣- صورة من الحكم الصادر بإجراء البيع .

٤- شهادة عقارية عن مدة عشر السنوات السابقة على إيداع القائمة . (مادتان ٤٦١ ، ٤٦٥ مرافعات) .

ويحدد في محضر الإيداع تاريخ جلسة الاعتراضات وتاريخ جلسة البيع (مادة ٤١٤ مرافعات) .

ويخبر قلم الكتاب بإيداع قائمة شروط البيع كلا من الدائنين المرتهنين رهنا حيازيا أو رسميا وأصحاب حقوق الاختصاص والامتياز وجميع الشركاء في المال الشائع ، ويكون لهؤلاء إبداء ما لديهم من أوجه البطلان والملاحظات على شروط البيع بطريق الاعتراض على القائمة (مادتان ٤٦٢ ، ٤٦٦ مرافعات) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" وإن كـــان قانون المرافعات القديم قد نص والمادة ٦٢٦ على أنـــه إذا لم تمكن قسمة العقار بغير ضرر يباع على حسب القواعد المقــررة لبــيع العقار اختيارا ، وكانت المادة ٦٢٠ مرافعات قديم تجــيز لكــل صـــاحب عقار أن يبيعه بالمحكمة " بالأوجه المعتادة" بمقتضـــى شروط وضوابط للبيع تودع مقدما قلم كتاب المحكمة إلا أن هذا لا يعنى إغفال طبيعة إجراءات بيع العقار لعدم إمكان قسمته عينا ، وأنها جزء من إجراءات دعوى القسمة التى يجب أن يكون جميع الشركاء أطرافا فيها ، فإذا حدد قاضي البيوع بناء على طلب طالب البيع من الشركاء يوما للبيع وجب أن يعلن به جميع الشركاء بالطـــريق الذى يعلن به أى خصم في أية دعوى ، ولا يكفى إمكان علمهـــم بمـــا ينشر أو يلصق من إعلانات ، إذ هم أطراف الدعوى الذين يجب أن تتم الإجراءات جميعا في مواجهتهم ، وإلا كان حكم رســو المـــزاد غـــير صالح لأن يحاج به من لم يعلن من الشركاء وعـــدم إعـــلان الشريك هو إغفال لإجراء جوهرى يغيرأصلا من الأصول العامة فى التقاضى، فضلا عن أنه قد يحول دون ممارسة الشـــريك لحقـــوق مقررة له قانونا كحق دخوله المزاد مشتريا ، أو حق طلب زيادة العشر أو إجراء البيع في مكان آخر غير المحكمة ويترتـــب على ذلك أن إغفال إعلان الشريك باليوم الذى يحدد للبيع

ســـواء لأول مـــرة بعد الحكم بالبيع أو بعد شطب الدعوى موجب لبطلان الإجراءات التالية ومنها حكم رسو المزاد وما ترتب عليه. وإذن فـــالحكم الـــذى يبنى على أن القانون لايوجب إعلان الشريك بالـــيوم الـــذى يحدده قاضى البيوع لإجراء البيع لعدم إمكان قسمته يكون مخطئا في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١١٢ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١١/٢٩)

١٣٢ـ إحالة إلى أحكام قانون المرافعات فى بيان باقى أحكام البيع:

لما كان بيع العقارمن المسائل التى تدخل في نطاق أحكام قانون المرافعات ، فإننا نحيل إلى أحكام هذا القانون في بيان باقى الأحكام التفصيلية للبيع .

ونكتفى هنا بالاشارة إلى ثلاثة أمور :

الأول : مـــا نصت عليه المادة ٤٦٨ مرافعات من أنه : " تطبق علـــى بـــيع العقـــار لعدم إمكان قسمته وعلى بيعه اختيارا الأحكام المقـــررة لبيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب فيما عدا إخبار النيابة بإيداع قائمة شروط البيع " ، وينبنى على ذلك سريان القواعد المـــتعلقة بإجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين المنصوص علـــيها فـــي الفرعيـــن الثالث والرابع من الفصل الثالث من الباب الثالـــث– الكـــتاب الثانى– من قانون المرافعات وذلك عملا بالمادة ٤٦٣ التى تقضى بأن : " تنطبق على البيوع المشار إليها في المادة

٤٥٩[١] القواعـــد المـــتعلقة بإجـــراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنيـــن المنصوص عليها في الفرعين الثالث والرابع من الفصل الثالث ".

الـــثانى : أنـــه يسرى على البيع الأحكام الخاصة بزيادة العشر المنصوص عليها في المادة ٤٤٠ مرافعات التى تقضى بأن :

"يجـــب علـــى مـــن يعتمد القاضى عطاءه أن يودع حال انعقاد الجلسة كامل الثمن الذى اعتمد والمصاريف ورسوم التسجيل، وفى هذه الحالة تحكم المحكمة بإيقاع البيع عليه .

فـــإن لـــم يودع الثمن كاملا وجب عليه إيداع خمس الثمن على الأقل وإلا أعيدت المزايدة على ذمته في نفس الجلسة .

وفى حالة عدم إيداع الثمن كاملا يؤجل البيع .

وإذا أودع المـــزايد الثمن في الجلسة التالية حكم بإيقاع البيع عليه إلا إذا تقدم في هذه الجلسة من يقبل الشراء مع زيادة العشر مصـــحوبا بكامل الثمن المزاد ، ففى هذه الحالة تعاد المزايدة في نفـــس الجلســـة على أساس هذا الثمن . فإذا لم يتقدم أحد للزيادة

---

(١) تنص هذه المادة على أن : " بيع عقار المفلس وعقار عديم الأهلية المأذون ببيعه وعقار الغائب بطريق المزايدة يجرى بناء على قائمة شروط البيع الـــتى يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة وكيل الدائنين أو النائب عن عديم الأهلية أو الغائب " .

بالعشـــر ولـــم يقـــم المزايد الأول بإيداع الثمن كاملا وجبت إعادة المزايدة فورا على ذمته ، ولايعتد في هذه الجلسة بأى عطاء غير مصحوب بكامل قيمته .

ولا يجـــوز بأى حال من الأحوال أن تشمل قائمة شروط البيع على ما يخالف ذلك ".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" فى حالة بيع العقار بالمحكمة لتعذر قسمته بين الشركاء يجوز لكـــل أحـــد استئناف المزايدة بالتقرير بزيادة العشر سواء أكان من أربـــاب الديـــون المســـجلة أو من الدائنين بسند واجب التنفيذ أم لم يكن".

(طعن رقم ١٠٤ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/١١/٦)

الثالـــث : أن الإحالـــة الـــواردة بالمادة ٤٦٨ إلى قواعد قانون المرافعات على النحوالسابق لايؤثر فى اختصاص المحكمة الجزئية نوعيا بالفصل في المنازعات التى تنشأ عن البيع بالمزايدة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"نظمـــت المواد٤٦٤، ٤٦٥ ،٤٦٦، ٤٦٨من قانون المرافعات إجـــراءات وقواعـــد بـــيع ذلك العقاروأحالت المادة ٤٦٨ فى شأن الأحكـــام المقـــررة للبيع إلى أحكام بيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائـــب ، وحددت المادة ٤٦٣ هذه الأحكام المحال إليها بالقواعد

المتعلقة بإجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين المنصوص عليها في الفرعين الثالث والرابع من الفصل الثالث من ذات القانون، ولما كان إجراء البيع بالطريق السالف لايعدو أن يكون أحد إجراءات القسمة التى تتخذها المحكمة الجزئية لتحديد حصص الشركاء في المال الشائع، فإن الإحالة إلى الطريق الذى رسمه قانون المرافعات سالف البيان في شأن البيع مقصور أثرها على اتباع القواعد الإجرائية المتعلقة بنظام البيع دون أن يؤثر ذلك في اختصاص المحكمة الجزئية بالفصل فى المنازعات التى قد تنشأ عن اتباع ذلك الطريق باعتبارها منازعات متفرعة عن المنازعات الأصلية المتعلقة بتكوين الحصص والتى تختص بها تلك المحكمة نوعياً ".

(طعن رقم ٢٣١١ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٦/٦/١١)

١٣٣ـ جواز قصر المزايدة على الشركاء :

الأصل فى المزايدة أن تكون مفتوحة أمام الجميع فيسمح للشركاء في المال الشائع وغيرهم بالتقدم في المزايدة، غير أن المادة ٨٤١ مدنى تضمنت حكما جديدا حين قررت أنه يجوز أن تقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا ذلك بالإجماع . فيشترط إذن اجماع

الشــركاء، فإذا خرج واحد منهم على هذا الاجماع وجب فتح باب المزايدة للجميع دون أن يقصر على الشركاء [١].

وقــد يدعــو الشــركاء إلــى قصر المزايدة عليهم رغبتهم في الاحــتفاظ بملكــية الأسرة خاصة إذا كان المال الشائع قد آل إليهم بطريق الميراث .

فإذا قصرت المزايدة على الشركاء ورست المزايدة على أحدهم، اعتــبر رسو المزاد قسمة بين الشركاء ، وترتب على حكم مرسى المزاد جميع الآثار التى تترتب على حكم القسمة ، وأهمها اعتباره كاشفا لحق الشريك الراسى عليه المزاد لا منشئا له .

أما إذا كان المزاد مفتوحا أمام الشركاء وغير الشركاء ، ورسا المــزاد علــى أحد الشركاء اعتبر رسو المزاد قسمة ، أما إذا رسا

---

(١) وقــد اقــترح أمام لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ إطلاق المزايدة يدخلهــا الشــركاء وغــير الشركاء حتى تتحقق مصلحة جميع الشركاء ويمتنع بذلك اتفاقهم على باطل إضرارا بغيرهم من الشركاء أو الدائنين. ولكــن وجه الدكتور السنهورى النظر إلى أن من شأن هذا النص إبقاء المــال فــى العائلة ، أما الدائنون فحقوقهم مكفولة بالمادة التالية (٨٤٢) وأضــاف أنه مادام جميع الشركاء قد اتفقوا على بيع المال الشائع بينهم فهــم وشــأنهم ولو كان في اتفاقهم هذا ضرر بمصلحتهم مادام لايمس المصلحة العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ١١٧).

علـــى أجنــبى اعتبر أيضا قسمة فيما بين الشركاء وبيعا في علاقة الشركاء بالراسى عليه المزاد[١].

١٣٤ـ ثانياً : بالنسبة للمنقول :

لم ينص قانون المرافعات على إجراءات خاصة لبيع المال لعدم إمكـــان قســـمته إلا إذا كان المال عقارا ، وعلى ذلك إذا كان المال الشائع المراد بيعه لعدم إمكان قسمته منقولا وجب اتباع الإجراءات الخاصـــة ببـــيع المـــنقولات الـــتى يوقع الحجز عليها لدى المدين المنصوص عليها فى قانون المرافعات فيما عدا ما لا يتفق من هذه الإجراءات والغرض المقصود من البيع [٢].

١٣٥ـ هل يلزم استئذان المحكمة في قصر المزايدة على الشركاء إذا كان بينهم غائب أو من هو ناقص الأهلية ؟

إذا قصر الشركاء فى المال الشائع الدخول في المزايدة عليهم، وكان بينهم غائب أو من هو ناقص الأهلية ، وجب على النائب عن الغائب أو ناقص الأهلية استئذان المحكمة المختصة (دائرة الأحوال الشخصية للولاية على المال) على قصر المزايدة على الشركاء لأن ذلـــك لايعتـــبر مـــن أعمال الإدارة المعتادة ، بل يعتبر اتفاقا بشأن

---

(١) السنهورى ص٢١٧ – البدراوى ص١٨٦ ومابعدها – عزفه ص ٤٣٩ .

(٢) السنهورى ص١٣١٦ هامش (٢) – منصور مصطفى منصور ص١٩٣– جميل الشرقاوى ص ١٦١ هامش (٣) .

القســـمة وهـــى مـــن أعمـــال التصرف ، فضلا عن خطورة هذا الاتفاق[١].

١٣٦ـ قسمة الثمن بين الشركاء :

إذا تمت القسمة بطريق التصفية ببيع المال الشائع بالمزاد ، فإن الثمـــن يقسم بين الشركاء بنسبة حصصهم ، ويكون ذلك بناء على دعوى ترفع إلى المحكمة الجزئية المختصة .

١٣٧ـ هـل يلـزم تـصديق المحكمة الابتدائية على الحكم الصادر بتقسيم الـثمن عـلى الشـركاء المشـتاعين إذا كان بينهم غائب أو من هو ناقص الأهلية ؟

يترتب على الحكم الصادر بتقسيم الثمن على الشركاء المشتاعين آثار القسمة ، سواء قصرت المزايدة على الشركاء أو سمح بدخول أجنبى فيجب تصديق المحكمة الابتدائية على الحكم إذا كان من بين الشركاء غائب أو ناقص الأهلية [٢].

---

(١) السنهورى ص ١٢١٧ومابعدها – منصور مصطفى منصور ص١٣٣- اسماعيل غانم ص ٢٢٥ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ١٢١٨ هامش (٢) – إسماعيل غانم ص ١٩٣ – وعكس ذلك محمد على عرفه ص ٤٣٧ إذ يذهب إلى أنه لا محل للتصديق في حالة القسمة بطريق التصفية لأن القسمة لا تتم إلا بعد التصفية ويكون محلهـــا الثمن الذى يرسو به المال في المزاد ، ومن ثم فلا يكون لمن يتضرر من الحكم المذكور إلا استئنافه إذا كان قابلا للاستئناف .

وقف المحكمة لدعوى القسمة مدة لاتجاوز خمس سنوات :

١٣٨ـ النص القانونى :

مادة ٤١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال :

"إذا رفعت دعوى القسمة على القاصر أو المحجوز عليه أو الغائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة أن توقف القسمة مدة لاتجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن في التعجيل بها ضررا جسيما " .

١٣٩ـ الدعوى التى يجوز وقفها :

الدعوى التى يجوز وقفها هى دعوى القسمة التى ترفع على القاصر أو المحجوز عليه أو الغائب من وارث آخر ، فالمادة تتناول حالة الشيوع الناشئة عن الميراث في أموال بخصوصها ، فلا يطبق الحكم الوارد بالمادة على القسمة التى تكون نتيجة للتصفية كما هو الشأن فى التركات [١].

١٤٠ـ مبررات وقف دعوى القسمة :

استقى الشارع حكم المادة (٤١) من القانون المدنى الإيطالى وقد أريد منه – على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ – " دفع كل ضرر جسيم قد يلحق

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

بمصـــالح المحجور عليه أو الغائب من جراء التعجيل بقسمة المال الشائع .. فمن المعروض ما تكون فيه قسمة المال الشائع ضارة كل الضــــرر بمصالح القاصر كما هو الشأن لو هبطت أثمان العقارات هـــبوطا جسيما في فترة من الفترات وكان مآل هذا المال البيع لعدم إمكـــان القسمة أو البيع بثمن بخس بعد القسمة وكما هو الشأن في الحـــالات التى يكون فيها بقاء الشيوع ضمانا لحسن استغلال العين الشـــائعة بمـــا فـــي ذلك نصيب القاصر ويتحقق ذلك في الأراضى الزراعـــية مـــثلا عندما يكون شركاء القاصر من المتخصصين في الزراعة ويكون هو من قطان المدن كما يتحقق في حالة ما إذا كان القاصر شريكا في متجر أو في مصنع يتولى إدارته أحد الشركاء. وغنى عن البيان أن في النص الجديد تقييدا لحق الشركاء في طلب القســـمة بيد أن إيراد هذا القيد لا يتنافى مع القواعد العامة المقررة فـــي القانون المدنى فقد نصت المادة ٨٣٤ من القانون المدنى على أن لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على الـــبقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق خاص. وما في شك في أن نـــص المشـــروع على تقييد حق الشريك في طلب قسمة العقار الـــذى يكـــون أحد المشتاعين فيه قاصرا أو ناقص أهلية بوجه عام وروعـــى فـــيه حمايـــة مصلحة القاصر وهى مصلحة أقل من أن تـــتعارض مع مصالح الشركاء الباقين ولاسيما متى لوحظ أن هذا التقييد مؤقت لاتتجاوز مدته خمس سنوات .

١٤١ـ مدة وقف دعوى القسمة :

لا يجــوز للمحكمة التى تنظر دعوى القسمة أن توقف الدعوى أكــثر مــن خمس سنوات ميلادية . ومدة خمس السنوات يجب أن تقتصر على مدة القصر أو الحجر أو الغيبة . أما إذا بلغ القاصر أو رفــع الحجر أو حضر الغائب قبل انتهاء هذه المدة فلا شك في أن وقف الإجراءات يزول بزوال متقضاها .

١٤٢ـ صاحب الحق في طلب وقف دعوى القسمة :

شرع وقف الدعوى لصالح ناقصى الأهلية والغائب ورعاية لهم، ومــن ثم – كما نصت المادة– يكون طلب وقف الدعوى من النائب عن ناقص الأهلية وللنيانة العامة باعتبارها قائمة على رعاية شئون القصر .

ومــن ثم لايقبل طلب وقف الدعوى من غير النائب عن ناقص الأهلية أو الغائب أو النيابة العامة .

١٤٣ـ القضاء بوقف الدعوى جوازى :

وقف الدعوى جوازى للمحكمة ويخضع لتقديرها ، فإذا رأت أن الوقــف فــي صالح ناقص الأهلية قضت به ، وإلا رفضت الطلب ومضت في نظر دعوى القسمة .

مــادة (٨٤٢)

١- لدائـــنى كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يـــباع المـــال بالمزاد بغير تدخلهم ، وتوجه المعارضة إلى كل الشـــركاء، ويترتـــب علـــيها إلزامهم بأن يدخلوا من عارض من الدائنيـــن في جميع الإجراءات ، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم .

ويجـــب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة .

٢- أما إذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش .

الشرح

تدخل الدائنين في القسمة :

١٤٤ـ مصلحة الدائنين في المعارضة في القسمة :

للدائنيـــن مصلحة في المعارضة في القسمة حتى يقوم الشركاء في الشيوع بإدخالهم في إجراءات القسمة ، ذلك أن للدائنين مصلحة جدية في هذا الإدخال ، إذ قد يغبن فيها أحد الشركاء المدينين فيقل ضمان الدائنين، كما أنه من التصور أن يتواطأ الشركاء المتقاسمون إضـــرارا بدائنـــيهم أو بدائنى واحد منهم ، ومن الممكن أن يقع هذا الإضرار في فروض متعددة .

فقد يدعى الشركاء في تركة أن شريكهم المعسر مدينا لمورثهم توطئة لخصم هذا الدين الصورى من حصته العينية ثم يدفعون إليه الفرق خفية لتكملة نصيبه الحقيقى .

أو يكـون الشـريك المدين قد تصرف في حصة شائعة أو في جزء مفرز من عقار معين، فيتفق مع الشركاء الآخرين على إيقاع هـذا العقـار فـي نصيب شريك آخر حتى يفوتوا على المشترى غرضه من الصفقة .

كما قد يعمد الشركاء إلى أن يقع الجزء المفرز من المال الشائع المرهون للدائن في نصيب أحد الشركاء الآخرين ، فيتحول الرهن مـن المال محل الرهن إلى مال آخر على غير إرادة ورغبة الدائن المرتهن .

كمـا قـد يتفق الشركاء على أن يقع في نصيب الشريك المدين أمـوالا غـير قابلـة للحجـز أو سهلة الإخفاء كالنقود والمنقولات والأوراق المالية .

وفـى حالة البيع بطريق التصفية ، قد يتفق الشركاء على قصر المزايدة عليهم ، رغم أن في دخول أجنبى المزايدة فرصة لارتفاع الثمن الذى يرسو به المزاد فيرتفع ضمان الدائنين .

ولذلـك هـيأ القـانون لدائنى الشركاء ما يمكنهم من منع هذا الإضـرار والـتواطؤ قـبل وقوعه ، وكذلك تفادى نتائجه إذا تمت القسمة منطوية على تواطؤ بقصد الإضرار بالدائن ، لأن هذا الدائن

لـــو ترك لحكم القواعد العامة فإنه لا يكون أمامه سوى الطعن في القسمة بالدعوى البوليصية ، وليس باليسير إثبات شروطها .

١٤٥ـ الدائنون الواجب إدخالهم :

الدائـــنون الذيـــن يجب إدخالهم في دعوى القسمة هم دائنو كل شريك، يستوى أن يكون دائن الشريك دائنا شخصيا أو دائنا ذا حق مقيد كالدائن المرتهن رسميا أو حيازيا أو صاحب حق الاختصاص أو الامتياز. وفى الحالة الأخيرة يستوى أن يكون الحق المقيد واقعا علـــى المـــال الشائع المراد قسمته ، أو واقعا على غيره من أموال الشريك [١]. ويجوز أن يكون حق الدائن مقترنا بأجل أو معلقا على شرط .

إنمـــا لايعتـــبر دائنا من يدعى استحقاق المال الشائع وليست له مصـــلحة في التدخل في القسمة إذ هى غير نافذة في حقه إذا أثبت استحقاقه .

١٤٦ـ إدخال الدائنين مقصور على القسمة القضائية :

الرأى السائد[٢] أن إدخال الدائنين في القسمة عملا بنص الفقرة الأولـــى من المادة ٨٤٢ مدنى مقصور على القسمة القضائية ، فلا

---

(١) السنهورى ص ١٢٤٢ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ١٦٢ – محمد على عرفه ص ٤٤٠– عبد المنعم البدراوى ص ١٩٠ – جميل الشرقاوى ص ١٥٨ – عبد المنعم الصده ص ٢٣٣ ، وإن كـــان ينتقد الحل الذى أخذ به المشرع بقوله : " إذ أن حاجـــة الدائنيـــن إلى الحماية بتخويلهم حق المعارضة ألزم في القسمة الاتفاقية منها في القسمة القضائية ".

يترتـــب علـــى معارضـــة الدائن إلزام الشركاء بإدخاله في القسمة الاتفاقـــية ، وذلـــك اســـتنادا إلى عبارة النص حيث يحدد المشرع الدائنيـــن الذيـــن يجـــب على الشركاء إدخالهم بقوة القانون بقوله : "المقـــيدة حقوقهـــم قـــبل رفـــع دعوى القسمة " ، كما أن المذكرة الايضـــاحية للنص تقول تعليقا على الفقرة الثانية من المادة "أما إذا تمـــت القسمة دون تدخل من الدائنين ، أو كانت القسمة عقدا، فليس للدائنين أن يطعنوا في القسمة إلا بطريق الغش في الحالة الأولى أو بطريق الدعوى البوليصية في الحالة الثانية " [١].

وعلـــى ذلـــك فإنه طبقا لهذا الرأى السائد ليس أمام الدائنين إذا تمت القسمة اتفاقا إلا أن يطعنوا في عقد القسمة وفقا للقواعد العامة بدعـــوى عـــدم نفـــاذ التصرف أى الدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها [٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٢٠.

(٣) عكـــس ذلـــك : السنهورى ص ١٢٤٠ وما بعدها – منصور مصطفى منصـــور ص ١٩٦ ومـــا بعدها – أحمد سلامه ص ٣٦٨- محمد على عمران ص ٣٣٠ هامش (١) – توفيق فرج ص ١٨٨. ويذهب الدكتور السنهورى إلى القول (.. ومع ذلك يفهم من المذكرة الايضاحية للمشروع التمهـــيدى لهـــذا النص قصر تدخل الدائنين على القسمة القضائية دون القسمة الاتفاقية إذ ورد في هذه المذكرة ما يأتى : " أما إذا تمت القسمة دون تدخل من الدائنين، أو كانت القسمة عقدا . فليس للدائنين أن يطعنوا فـــي القســـمة إلا بطـــريق الغش في الحالة الأولى ، أو بطريق الدعوى

البوليصـــية في الحالة الثانية " ولكن ما ورد في المذكرة الإيضاحية في هــذا الشـــأن ليس من شأنه أن يقيد من إطلاق النص . وقد أضيفت في لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب ، إلى آخر الفقرة الأولى، العبارة الآتــية : " ويجــب علــى كــل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم في الإجــراءات " ، والعــبارة على هذا النحو يمكن أن تنطبق على القسمة الاتفاقــية انطــباقها على القسمة القضائية ، فيبقى النص غير متمخض للقسمة القضائية. ولكن وقع بعد ذلك في لجنة مجلس الشيوخ أن عدلت- بطــريق عارضة – العبارة المضافة فأصبحت : " ويجب على كل حال إدخــال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة " ، وكان النص بهــذا الــتعديل سيتمخض للقسمة القضائية ولما كانت القسمة القضائية ليست أولى من القسمة الاتفاقية بتدخل الدائنين ، بل لعل القسمة الاتفاقية وهــى خالية من ضمانات القسمة القضائية أحوج إلى هذا التدخل، لذلك يحسن التوسع في تفسير النص بما يجعله شاملا للقسمة القضائية والقسمة الاتفاقــية . ويدعــى من الدائنين المقيدين ، في القسمة الاتفاقية الدائنون المقيدون قبل إبرام هذه القسمة ، قياسا على دعوة الدائنين المقيدين قبل رفــع دعوى القسمة في حالة القسمة القضائية . وليس في مبادئ تفسير النصــوص التشــريعية ما يمنع من هذا التوسع ، مادامت حكمة تدخل الدائنيــن فــي القسمة القضائية متوافرة تماما ، بل هى أكثر توافرا في القسمة الاتفاقية كما قدمنا هذا إلى أن نص المادة ٨٨٢ من التقنين المدنى الفرنســى ، وهــو النص الذى استقى منه نص المادة ٨٢٤ من التقنين المدنــى المصــرى لاخــلاف في انطباقه على كل من القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية " .

١٤٧ـ كيفية معارضة الدائنين في القسمة :

لم يشترط القانون شكلا معينا فى معارضة الدائنين في القسمة [1]. وكل ما اشترطه هو أن توجه المعارضة إلى جميع الشركاء بما فيهم الشريك المدين . وبالترتيب على ذلك يكفى أن تصل المعارضة إلى علم الشركاء بأى طريق كان .

فيجوز أن تكون بإعلان على يد محضر- وهو الأفضل- أو بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، أو بكتاب مسجل، أو بكتاب عادى إلى كل من الشركاء ، يبدى فيه الدائن معارضته في إجراء القسمة في غير حضوره. كما يجوز أن تكون المعارضة شفهية ، ولكن الدائن يلتزم في هذه الحالة يتحمل إثبات معارضته .

وتعتبر معارضة كافية أن يحصل الدائن من مدينه أو من أى شريك آخر على وعد بألا تجرى قسمة المال الشائع بدون تدخل الدائن ، بشرط أن يعلن الدائن هذا الوعد إلى جميع الشركاء [2].

ولايكفى مجرد علم الشركاء بدائن شريكهم ، ولكن إذا تعهد المدينون الشركاء لدائنهم في عقد المديونية ، بأن يدعوه للتدخل في قسمة المال الشائع قام هذا التعهد مقام المعارضة بالنسبة إلى هؤلاء الشركاء [3].

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٤٠- منصور مصطفى منصور ص ٩٥ .

(٢) السنهورى ص ١٢٤٣ هامش (١) .

(٣) السنهورى ص ١٢٤٣ هامش (١) .

وإذا وجهـت المعارضـة إلى بعض الشركاء دون البعض ، لم يكن لها أثر بالنسبة إلى الشركاء الذين وجهت إليهم المعارضة لأن القسمة لاتتجزأ .

ومعارضة الدائنين عمل من الأعمال التحفظية فيكفى أن تتوافر فـي الدائـن أهلية القيام بأعمال الإدارة وإذا لم يعارض الدائن في القسمة على نحو ما تقدم ، فإنه يجوز له بعد رفع دعوى القسمة أن يـتدخل في الدعوى منضما إلى مدينه[1] . ويكون التدخل بالطريق الذى رسمته المادة ٢٦ مرافعات التى تجرى على أن :

" يجـوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضما لأحد الخصوم أو طالبا الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى .

ويكـون الـتدخل بالإجـراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسـة أو بطلب يقدم شفاها في الجلسة في حضورهم ويثبت في محضرها ولايقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة " [2].

---

(١) الصده ص ٢٣٢ – منصور مصطفى منصور ص ١٩٥ .

(٢) ويذهـب الدكتور السنهورى وهو من أنصار الرأى القائل بإيجاب إدخال الدائنين في القسمة الاتفاقية – أن التدخل في القسمة الاتفاقية يكون بأن "يـتقدم الدائـن إلى الشركاء متدخلا في القسمة ، طالبا مثلا أن يراقب أعمـال الخبـير الذى قد يكون الشركاء عينوه لإجراء القسمة ، أو أن يتابع مراحل المفاوضات فيما بين الشركاء إلى أن يبرموا عقد القسمة ، أو أن يتثبت فيما إذا اتفق الشركاء على بيع المال الشائع بالمزاد من أنه حصـل إعـلان كاف عن البيع ومن أن إجراءات البيع سليمة وما إلى ذلك " ص ١٢٤٥ .

١٤٨ـ ميعاد المعارضة :

لـم يحدد القانون ميعادا لمعارضة الدائنين في القسمة القضائية، ومـن ثـم فإنه يجوز أن تتم هذه المعارضة بمجرد علم الدائن بأن للمديـن حصـة في مال شائع ، ويستمر حق الدائن في المعارضة قائمـا حتى تصدر المحكمة حكما في دعوى القسمة أى باعطاء كل شـريك نصيبه المفرز الذى اختص به في القسمة ، أو بتقسيم الثمن الذى بيع به المال الشائع على الشركاء .

أما إذا صدر الحكم في دعوى القسمة فإنه لايجوز للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش [١].

١٤٩ـ أثر معارضة الدائنين في القسمة :

إذا عارض الدائنون في القسمة على النحو السالف ، وجب على الشـركاء فـي المـال الشـائع إدخال من عارض منهم في جميع إجراءات القسمة ، سواء أكانت القسمة عينية أم بطريق التصفية.

١٥٠ـ إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة ولو لم يعارضوا في القسمة :

نصـت المادة ١/٨٤٢ مدنى على أن : " ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة " .

---

(١) عرفه ص ٤٤١ ومابعدها .

فيجب على الشركاء إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة سواء عارضوا في القسمة أم لم يعارضوا ، فدعوتهم واجبة في كل الأحوال .

وهؤلاء هم الدائنون الذين تقرر لهم حق عيني تبعي على حصة مدينهم الشائعة في العقار ، وتم قيد حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة، ويدخل فيهم الدائن الذى تقرر له رهن على جزء مفرز من العقار الشائع ، إذا توصل إلى قيد حقه [١].

ومثل هؤلاء الدائن المرتهن رهنا رسيما أو حيازيا أو صاحب حق الاختصاص أو الامتياز على المال الشائع .

وقد أضيفت العبارة السابقة التى أتت بهذا الحكم إلى عجز الفقرة الأولى من المادة ٨٤٢ بلجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب وذلك – على ما أفصح عنه تقرير اللجنة– " حفظا لحقوق الدائنين المسجلين حتى لا تتم قسمة المال الشائع في غيبتهم "[٢].

واقتصر النص على إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل القسمة لأنه يمكن معرفتهم عند رفع الدعوى ، ولتفادى إجراءات القسمة للبطلان إذا لم يدخل الشركاء دائنين مقيدين مع أن ديونهم لم تقيد إلا خلال الإجراءات أو عندما تشرف على النهاية .

---

(١) الصده ص ٢٤٢ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٢١.

ومع ذلك فلا ضرر على هؤلاء الدائنين لأن لهم الحق دائما في التدخل فى الإجراءات من تلقاء أنفسهم. وعلى ذلك فالقانون لا يلزم الشركاء في المال الشائع بإدخال هؤلاء الدائنين في القسمة [١].

ويرى الفقه – بحق– قياس حالة المتصرف إليه في جزء مفرز من العقار الشائع إذا كان قد سجل عقده قبل رفع القسمة على حال الدائن صاحب الحق المقيد قبل رفع الدعوى من حيث وجوب إدخاله في دعوى القسمة باعتباره دائنا للشريك [٢].

١٥١ـ أثر إدخال الدائنين فى دعوى القسمة :

إذا أدخل الشركاء في المال الشائع الدائنين في دعوى القسمة أو تدخلوا هم فيها ، كان الدائنون طرفا في جميع إجراءات القسمة ، فلا يجوز مباشرة إجراءات دعوى القسمة بعد إدخالهم أوتدخلهم إلا في مواجهتهم .

ويكون دور الدائنين في الدعوى هو أن يطلبوا سير إجراءاتها في الطريق السوى ، فيتلافى الدائنون ما يلحق بمدينهم من غبن، أو حدوث تواطؤ بين الشريك المدين وباقى الشركاء على الإضرار بهم على النحو الذى أوضحناه سلفا . فلهم مثلا أن يطلبوا أن تكون الحصص متساوية في قيمتها أو أن يعطى كل شريك نصيبه بطريق

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٢٢ .

(٢) السنهورى ص ١٢٤٥ – منصور مصطفى منصور ص ١٩٦ – جميل الشرقاوى ص ١٥٧– عبد المنعم الصده ص ٢٣٣ ومابعدها .

الاقتراع لا بطريق التجنيب غير أنه لا يجوز للدائن توجيه إجراءات القسمة وفق مصلحته ، فلا يجوز له بيع المال في المزاد بدلا من قسمته عينا إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون ضرر يلحق بقيمة المال الشائع ، أو يطلب أن يختص مدينه بكامل حصته عينا .

ولايجوز له منع مدينه من التصرف في حصته أو ترتيب حقوق عينية عليها لأن المعارضة أو التدخل ليس من شأنه أن يجعل حصة الشريك المدين غير قابلة للتصرف فيها ، مع احتفاظ الدائن بحقه في رفع الدعوى البوليصية .

أما إذا حصلت القسمة بطريق التصفية ، فللدائن أن يطلب قبول الأجانب في المزايدة ، حتى لو اتفق الشركاء جميعا على قصرها عليهم ، ذلك أن الحكمة من إدخال الدائنين هى الحيلولة دون تواطؤ الشركاء للإضرار بحقوقهم. فإذا أبيح للشركاء الاتفاق على استبعاد الأجانب من المزايدة سهل لهم ذلك سبيل التواطؤ الذى عمل الشارع على حمايتهم منه ، فليس عسيرا على الشركاء في مثل هذه الحالة أن يتفقوا على جعل المزايدة صورية بحتة حتى يرسو المزاد على أحدهم بأبخس الأثمان ، ثم يسوون علاقتهم فيما بينهم بعد ذلك من وراء ظهور الدائنين [١].

---

(١) عرفه ص ٤٤١ – السنهورى ص ١٢٤٥ ومابعدها – وقد ذهب الدكتور السنهورى – وهو من القائلين بوجوب تدخل الدائنين في القسمة

ويذهب رأى في الفقه إلى أن معارضة الدائنين تعتبر بمثابة حجز ما لمدينهم لدى الغير ، فإذا تمخضت القسمة عن وقوع دين مستحق في ذمة الغير ، أو معدل نقدى مستحق على أحد الشركاء في حصة مدينهم ، فلا يجوز الوفاء بالدين أو بالمعدل لهذا الشريك، بل يتعين الوفاء به للدائنين المعارضين، وأن القول بغير ذلك يؤدى إلى إهدار الحماية التى أسبغها القانون على هؤلاء الدائنين [١]، واستطرد بعض أنصار هذا الرأى إلى أن المادة ٥٥٨ من القانون المختلط كانت تنص على ذلك ، فقد جاء فيها : " المعارضة الحاصلة منهم " " أى من أرباب الديون على الشركة أو من أرباب الديون التى على أحد المتقاسمين " تحت يد المتقاسمين الآخرين تعتبر بمثابة حجز ما للمدين لدى الغير .

ويؤخذ على هذا الرأى أنه يرتب على معارضة الدائنين أثرا لم ينص عليه القانون لاسيما وأنه لا يطلب فيها اتخاذ إجراءات الحجز [٢].

الاتفاقية – إلى أنه لايجوز للدائنين أن يطلبوا أن تكون القسمة قضائية إذا اتفق الأطراف على إجراء قسمة اتفاقية .

(١) محمد على عرفه ص ٤٤١ ومابعدها .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٢٣٢ هامش (١) .

كمــا يلاحــظ أن هذا الرأى قد يبرره في فرنسا أنه ليس لدائن الشــريك أن يحجز على حصته الشائعة (م ٢٢٠٥ مدنى فرنسى)، فهــو لايستطيع أن يحجز إلا بعد القسمة ، وقد يأتى هذا الحجز بعد أن يكــون الشــريك قد استوفى فعلا الدين أو المعدل النقدى بمجرد تمــام القســمة ، فلا يكون لهذا الحجز أثر . لذلك دعت الحاجة في فرنســا إلــى اعتــبار المعارضة بمثابة حجز ما للمدين لدى الغير حماية للدائن [١].

ولكن ليس لهؤلاء الدائنين الاعتراض على القسمة بعد الحكم في الدعــوى ، ولايجــوز لهم بوجه خاص أن يطعنوا عليها بالدعوى البوليصية فقد حل تدخلهم محل الدعوى [٢].

ويتحمل الدائنون وحدهم نفقات معارضتهم ونفقات تدخلهم [٣].

١٥٢ـ جـزاء عــدم إدخال الدائنين المعارضين أو المقيدة حقوقهم فى دعوى القسمة :

إذا عارض الدائنون في القسمة ، أو كان لهم حق مقيد قبل رفع دعوى القسمة ، ومع ذلك لم يقم الشركاء فى المال الشائع بإدخالهم فــي دعوى القسمة ، ولم يكن هم قد تدخلوا فيها ، فقد نصت المادة

---

(١) إسماعيل غانم ص ١٩٦ الهامش .

(٢) السنهورى ص ١٢٤٧.

(٣) السنهورى ص ١٢٤٦.

١/٨٤٢ مدنـــي علـــى الجزاء المترتب على ذلك بقولها : " وتوجه المعارضـــة إلـــى الشـــركاء ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات ، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم " .

فيترتب على عدم إدخال هؤلاء الدائنين إذن عدم نفاذ القسمة في حقهـــم ، ولايلزم لعدم نفاذ القسمة في حقهم إثبات تواطؤ الشركاء، فالقانون إذ ألزم الشركاء إدخالهم في جميع الإجراءات فقد افترض هـــذا الـــتواطؤ ، فـــلا يقبل من الشركاء إثبات عكس هذه القرينة القاطعة [١].

ويترتـــب على عدم نفاذ القسمة في حق الدائنين أن يعود المال إلـــى الشيوع بالنسبة للدائنين ، ومن ثم يجوز طلب قسمة المال من جديد من أى من الشركاء لتكون القسمة نافذة في حق الدائنين .

كمـــا يجـــوز للدائن أن يرفع دعوى القسمة باسم مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة [٢].

غـــير أنـــه يجب لثبوت الحق للدائنين في عدم نفاذ القسمة في حقهم ، أن يثبت الدائنون أن القسمة بالشكل التى تمت به قد عادت

---

(١) الســـنهورى ص ١٢٤٨- الـــبدراوى ص ١٨٦ – جميل الشرقاوى ص ١٥٧- أحمد سلامه ص ٣٧٠ ومابعدها – محمد على عرفه ص ٤٤٢.

(٢) السنهورى ص ١٢٤٨ .

علـــيهم بالضـــرر إذ في غير حالة توافر هذا الضرر لن يكون لهم مصلحة في التمسك بعدم نفاذ القسمة في حقهم [١].

ومـــن ناحـــية أخـــرى فإنـــه يحق للدائن أن يعتبر عدم إدخال الشركاءله في القسمة خطأ تقصيريا يخول له أن يطالبهم متضامنين بـــتعويض الضرر الذى لحقه ، ويكون لهؤلاء أن يتحاشوا الرجوع علـــيهم بهذه الدعوى إذا هم أوفوا لهذا الدائن حقه ثم يرجع الموفى أو الموفون على زميلهم المدين [٢].

١٥٣- أثـــر عـــدم تدخـــل الدائـــنين في دعـــوى القســـمة لعـــدم معارضتهم أو بعد معارضتهم ودعوتهم إلى التدخل :

إذا لم يتدخل الدائنون في دعوى القسمة ، لعدم اعتراضهم عليها أو لعدم وجود حق مقيد لهم قبل رفع الدعوى ، أو اعترض الدائنون علـــى القسمة ودعاهم الشركاء إلى التدخل في الدعوى ، ولكنهم لم يـــتدخلوا ، فـــإن القسمة تكون نافذة في حقهم وليس لهم أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش .

وعلـــى هـــذا تنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٢ مدنى بقولها : "أمـــا إذا تمـــت القســـمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش " .

---

(١) السنهورى ص ١٢٤٨ – أحمد سلامه ص ٣٧١ .

(٢) أحمد سلامه ص ٣٧١ – السنهورى ص ١٢٤٨ .

وذلـــك أن الشركاء لا ذنب لهم في هذه الصورة في عدم تدخل الدائنيــن في القسمة ، ويكون النقيض من جانب الدائنين فلا يجوز لهـــم الإفـــادة مـــن الجزاء الذى يقرره القانون . بمعنى أن القسمة تسرى قبلهم فلا يكون لهم الاعتراض عليها إلا في حالة الغش (١).

ومفهـــوم ذلـــك هو الرجوع إلى القواعد العامة الخاصة بحماية الدائنيــن من تصرفات مدينهم الضارة بحقوقهم . ومن مقتضى ذلك أنه يشترط لقبول دعوى عدم نفاذ القسمة التى تمت في حق الدائنين الذيـــن لـــم يتدخلوا فيها أن تتوافر شروط قبول الدعوى البوليصية، وأخصها إعسار الشريك المدين وإثبات التواطؤ بينه وبين الشركاء علـــى الإضـــرار بدائنيه (م ٢٣٨) ، إنما يكفى لإثبات هذا التواطؤ التدليسى أن تكون القسمة قد تمت بإجراءات سريعة، بحيث يفترض لفـــرط سرعتها تواطؤ الشركاء فيما بينهم على الانتهاء من القسمة قبل أن يتمكن الدائنون من المعارضة فيها (٢).

كمـــا يجوز للدائن أن يطعن في الحكم النهائى الصادر بالقسمة بطـــريق التماس إعادة النظر ، عملا بالمادة ٢٤١/٨ مرافعات التى

---

(١) توفيق فرج ص ٢٦٥ وما بعدها .

(٢) عـــرفه ص ٤٤٢ – نقض فرنسى ٢٧ يناير ١٩٠٧ ، ١٩٣٥/٦/٢٥ ، ١٩٣٧/٤/٢٤ المشار إليها بهامش رقم (١) بذات الصحيفة من المؤلف المذكور .

تنص على أن : " للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة انتهائية في الأحوال الآتية :

" لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطؤ أو إهماله الجسيم " .

ويكفي في هذه الدعوى أن يثبت الدائن غش المدين أو إهماله الجسيم .

١٥٤ـ متى يجوز الطعن بالاستئناف فى الحكم الصادر فى دعوى القسمة ؟

نصت المادة ٤٣ مرافعات (معدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩) على أن : " تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتدائيا مهما تكن قيمة الدعوى وانتهائيا إذا لم تجاوز قيمتها ألفى جنيه فيما يلى :

(٣) - .... دعاوى قسمة المال الشائع " .

وبالترتيب على ذلك فإن الحكم الصادر فى دعوى القسمة يكون قابلا للطعن فيه بالاستئناف إذا زادت قيمة الدعوى على ألفى جنيه.

ونقدر قيمة الدعوى بقيمة المال الشائع محل القسمة ، فإذا كان المال الشائع عقارا قدرت قيمته طبقا لنص المادة ٣٧ بند (١)

مرافعات (معدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ ، التى تقضى بأن :
" يراعى في تقدير قيمة الدعوى ما يأتى :

١- الدعـــاوى الـــتى يرجع في تقدير قيمتها إلى قيمة العقار ، يكـــون تقديـــر هذه القيمة باعتبار خمسمائة مثل من قيمة الضريبة الأصـــلية المـــربوطة علـــيه إذا كـــان العقار مبنيا ، فإن كان من الأراضـــى يكـــون التقدير باعتبار أربعمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية .

فإذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته ".

وعلى ذلك لايعتد بالقيمة التى قدرها المدعى للعقار في صحيفة دعوى القسمة ، إذا كانت مخالفة للتقدير سالف الذكر .

١٥٥ـ المحكمة المختصة بنظر الاستئناف :

تخـــتص بـــنظر استئناف الأحكام الصادرة ابتدائيا في دعاوى القســـمة من المحكمة الجزئية ، المحكمة الابتدائية (بهيئة استئنافية) أيا كانت قيمة الدعوى (١).

---

(١) وقد قضى بشأن رسوم استئناف الحكم الصادر فى دعوى القسمة بأن : "مـــتى كـــان الثابت أن المحكوم عليه قد استأنف الحكم الصادر بفرز وتجنيب حصة بعض شركائه في الأرض الشائعة بينهم وقضى برفض اســـتئنافه وتأييد الحكم المستأنف مع إلزامه بمصاريف استئنافه وأن قلم الكتاب قد سوى الرسوم المستحقة على الدعوى الاستئنافية على أساس قـــيمة مـــا قضى به ابتدائيا فإن الحكم الصادر في المعارضة في أمر

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الطعن استئنافيا فى أحكام محاكم المواد الجزئية الصادرة ابتدائيا في دعاوى القسمة . انعقاده للمحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية أيا كانت قيمة الدعوى " .

(طعن رقم ٤٣٣ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)

والاعتراض على قائمة شروط بيع العقار الذى تعذر قسمته عينا بالمزاد منازعة متفرعة عن دعوى القسمة تفصل فيها المحكمة الجزئية ويكون استئناف الحكم الصادر في شأنها أمام المحكمة الابتدائية .

تقدير الرسوم بإلغاء القائمة تأسيسا على أن المستأنف لايلزم من الرسوم بأكثر مما دفعه وأنه لاتستحق رسوم جديدة إلا في حالة الحكم له بطلباته كلها أو بعضها فإن الحكم يكون قد خالف القانون ذلك لأن الحكم الصادر بالتأييد هو في الواقع وبمقتضى المادة الثالثة من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بمثابة حكم جديد بالحق الذى رفع عنه الاستئناف- ولايغير من ذلك أن يكون حكم محكمة الدرجة الأولى قد ألزم خصوم المستأنف المصروفات ولم يلزمه هو بشئ منها لأن الرسوم موضوع المعارضة ليست رسوم الدعوى الابتدائية بل هى الرسم المستحقة على القضية الاستئنافية التى ألزم المستأنف فيها بمصاريف استئنافه " .

(ويلاحظ أن المادة الثالثة قد عدلت بعد ذلك) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الاعـتراض علـى قائمة شروط بيع العقار الذى تعذر قسمته عيـنا بالمزاد لايعدو أن يكون من المنازعات المتفرعة عن دعوى القسـمة التى تختص بالفصل فيها المحكمة الجزئية ويكون استئناف الحكـم الصادر في شأنها أمام المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية أيا كانت قيمة الدعوى وذلك طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٧ من قـانون المرافعات . وإذ التزم الحكم المطعون فيه بهذا النظر فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون " .

(طعن رقم ٢٣١١ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٦/٦/١١)

١٥٦ـ عـدم جواز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من محكمة الدرجة الثانية في دعاوى القسمة :

تنص المادة ٢٤٨ من قانون المرافعات على أن :

" للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في الأحوال الآتية :

١- إذا كـان الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله .

٢- إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم " .

وواضح من هذه المادة أن الأحكام التى تقبل الطعن فيها بطريق النقض وهو طريق غير عادى للطعن ، هى الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف (العالى) ، أما الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية (بهيئة استئنافية) فلا تقبل الطعن فيها بطريق النقض. وبالترتيب على ذلك فإنه لايجوز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الثانية في دعاوى القسمة .

إنما يستثنى من هذا الأصل أن يكون الحكم قد فصل في نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى، وذلك عملا بالمادة ٢٤٩ مرافعات التى تقضى بأن:

" للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أى حكم انتهائى- أيا كانت المحكمة التى أصدرته - فصل في نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى " .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الحكم المطعون فيه صادرا من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية وكان لايجوز وفقا لنص المادة ٢٤٩ من قانون المرافعات الطعن بالنقض في هذا الحكم إلا إذا كان قد فصل في نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى .... الخ " .

(طعن رقم ١١٢٣ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٠)

٢- " تجيز المادة ٢٤٩ من قانون المرافعات للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أى حكم انتهائى أيا كانت المحكمة التى أصدرته فصل في نزاع خلافا لحكم آخرَ سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى ، وقد جاء النص عاما مطلقا بشأن كل حكم انتهائى صدر على خلاف حكم سابق صدر بين الخصوم أنفسهم حاز قوة الأمر المقضى أيا كانت المحكمة التى صدر منها الحكم المطعون فيه ... الخ " .

(طعن رقم ٢٥٥٥ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٧)

٣- " لايجوز وفقا للمادة ٢٤٩ من قانون المرافعات- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – الطعن بالنقض في الحكم الصادر من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية إلا إذا كان قد فصل في النزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى " .

(طعن رقم ١٢٧٤ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٩)

١٥٧- حجية الحكم الصادر في دعوى القسمة :

الحكم الصادر في دعوى القسمة ملزم للشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا في دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم .

ولا حجية له على الشركاء الذين لم يكونوا ممثلين في دعوى القسمة .

في هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " حكم القسمة - أيا كان الرأى في تكييفه - ملزم للشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا في دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم " .

(طعن رقم ١٩٤ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤)

٢- " حكم القسمة . ملزم للشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا في دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم " .

(طعن رقم١٩٤٨ لسنة ٥٢ ق جلسة١٩٨٧/٣/٣١-غير منشور)

٣- " حكـــم القسمة . حجيته . ملزم للشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا في دعوى القسمة بما فصل فيه " .

(طعن رقم ١٢٣٥ لسنة٥١ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٤-غير منشور)

مــادة (٨٤٣)

يعتــبر المتقاســم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص .

الشرح

١٥٨- إفــراز المال الشائــع :

إفــراز المـــال الشائع ، هو الأثر الجوهرى للقسمة وهو الذى يهدف إليه المتقاسمون ويعنى أن يستقل الشريك بملكية الجزء الذى يخـــتص بـــه في القسمة . بمعنى أن يصبح مالكا لهذا الجزء ملكية مفرزة . وإذا كان الجزء الذى يختص به الشريك عقارا فيجب وفقا للمـــادة العاشرة من قانون الشهر العقارى – كما سنرى- أن تسجل القســـمة ويترتـــب على عدم التسجيل ألا يحتج بأثر القسمة – وهو تملـــك المتقاســـم للعقـــار ملكـــية مفرزة – على الغير أما فيما بين المتقاسمين فيترتب على القسمة أثرها دون حاجة إلى تسجيل [١].

١٥٩- الأثر الكاشف والأثر الرجعى للقسمة :

نصـــت المـــادة ٨٤٣ مدنـــى على أنه : " يعتبر المتقاسم مالكا للحصـــة التى آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك شيئا في بقية الحصص "[٢].

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٢٠١ .

(٢) وقـــد أزال هـــذا النص التناقض بين التقنين الأهلى والمختلط فقد كانت المادة ٥٥٥ من التقنين المختلط تنص على أن القسمة منشئة كالبيع أسوة

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تعليقا على هذا النص أن :

"القسمة سواءكانت عقدا أو قسمة قضائية ، وسواء كانت القسمة القضائية قسمة عينية أو قسمة تصفية يترتب عليها أثران :

(أ)- يكون لها أثر رجعى ، فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع ، وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص .. ومن أجل هذا يقال عادة إن القسمة مقررة أو كاشفة للحق " .

وواضح أنه قد ورد في هذا القول تعبيران : الأثر الرجعى والأثر الكاشف ، والتعبيران غير مترادفين ، فالتصرف الكاشف معناه ذلك التصرف الذى يقرر وضعا قانونيا قائما من قبل دون أن يعدل فيه وهذا المعنى يفيد أن القسمة لاتعطى (لاتنشئ) المتقاسم حقا جديدا بل تكشف عن حق ثابت له من قبل فالحق الذى كان له أثناء الشيوع هو الذى انتقل إليه بالقسمة . لأن حق الشريك المشتاع وإن كان محددا تحديدا معنويا بحصته الشائعة إلا أنه يرد من

بما قررته الشريعة الإسلامية ، والقانون الرومانى ، ومع ذلك لم تتقيد المحاكم المختلطة بهذا النص ، بل سارت في جميع أحكامها على اعتبار القسمة كاشفة للحقوق ، وهو الحكم السائد في سائر التشريعات الحديثة (محمد على عرفه ص ٤٤٤) .

الناحية المادية على الشيء الشائع كله ومن هذا كانت وظيفة القسمة هـــي تحقــيق الــتطابق بين الحدود المعنوية والحدود المادية لحق الشريك. وذلك بإفراز جزء من الشيء الشائع تخلص ملكيته للشريك خلوصـــا تاماً . والقسمة إذ تحقق هذا التطابق إنما تكشف عن حق ثابت للشريك منذ بدء الشيوع ، فهي لاتخول الشريك سندا جديدا ، وإنمـــا سند حق الشريك هو السند الأصلي للملكية الشائعة وهي لا تخــول الشريك حقا جديدا ، بل يقتصر أمرها على التغيير في حق الشـــريك بحيـــث يتحقق هذا التطابق ، والأثر الكاشف للقسمة بهذا المعـــنى يطـــابق الحقــيقة لأنه مستمد من طبيعة القسمة ، والأثر الرجعي يفيد أن ما آل إلى الشريك بالقسمة يعتبر قد آل إليه منذ أن تملك في الشيوع وأن مالم يؤل إليه يعتبر كأنه لم يكن مملوكا له في يوم من الأيام . فيفترض إذن بمقتضى الأثر الرجعي أن كل وارث مـــثلا قد ملك نصيبه المقرر في التركة منذ موت مورثه، ويترتب على ذلك محو مرحلة الشيوع التي أعقبت موت المورث وبقيت إلى أن تمـــت القســـمة ، وهـــي مرحلة قد تطول سنين عديدة ومع ذلك يـــتجاهلها الأثـــر الرجعي ويعتبرها كأنها لم تكن ، رغم أن مرحلة الشـــيوع هذه قد وجدت وخلفت آثارا لا يجوز تجاهلها ، منها أن ما قبضـــه الورثـــة من الثمار في أثناء الشيوع لايجب رده ولو أعمل الأثر الرجعي لوجب ردها ولوجب أن يستولي كل وارث على ثمار

نصيبه المفرز منذ موت مورثه ، ومنها أن التركة ينظر إليها وقت القسمة لا وقت موت المورث ، بما دخل فيها وبما خرج منها من أموال ، ويعتد بقيمة المال وقت القسمة لا وقت موت المورث .

ويسلم مجموع الفقه في مصر بأن للقسمة أثرا كاشفا ولكنه ينتقد النص على أن لها أثرا رجعيا ، ويرى أن الأثر الكاشف هو من طبيعة القسمة وأن الأثر الرجعى افتراض قانونى ، ويرتب على ذلك أنه إذا كان الأثر الكاشف لايتضمن أى افتراض مخالف للحقيقة وأنه مما تقتضيه وظيفة القسمة ذاته فلا محل للتضييق في تطبيقه ، وأنه لما كان الأثر الرجعى مجرد افتراض لايطابق الواقع فإنه يجب أن يعمل فقط في حدود الحكمة التى أملته وهى حماية المتقاسمين[1].

فالأثر الكاشف عندهم يكفى للوصول إلى أهم نتيجة يقصد إليها من القول بالأثر الرجعى ، وهى أن يخلص للمتقاسم نصيبه المفرز خاليا من تصرفات شركائه الصادرة في أثناء الشيوع ، فما دامت القسمة لها أثر كاشف ، فهى تكشف عن حق المتقاسم في نصيبه المفرز ، وعن أن هذا الحق كان موجودا قبل القسمة وفى أثناء

---

(١) أحمد سلامه ص ٣٩٩ ومابعدها – عبد المنعم الصده ص ٢٣٧ ، ٢٤٨ وما بعدها – جميل الشرقاوى ص ١٦٤ – أنظر أيضا في عرض هذا الرأى السنهورى ص ١٢٦٠ وما بعدها .

الشـــيوع ، وأنه هو نفسه الذى آل إلي المتقاسم بالقسمة فيؤول خاليا مـــن تصرفات شركائه ومحملا بتصرفاته هو ، ولا حاجة بعد ذلك إلى الأثر الرجعى (١).

---

(١) ويعارض البعض فى فكرة النطاق المعنوى والنطاق المادى لحق الشريك فـــى الشـــيوع، فيذهـــب الدكتور منصور مصطفى منصور ص ٢١٣ ومابعدهـــا قائلا بعد عرض هذه الفكرة " هذه هى فكرة من عرضنا لهم مـــن المحدثيـــن، وهـــى تبدو لنا غير مقبولة فإذا كان من الواضح أن المقصـــود بالـــنطاق المادى لحق الشريك هو الشىء الشائع نفسه الذى يعتـــبر كله محلا للحق ، فما هو المقصود بالنطاق المعنوى ؟ لاشك أن المقصـــود هو ما يرمز له بنسبة حسابية كالثلث مثلا ، ولكن ثلث ماذا ؟ يـــبدو أن هـــذا لايمكن إلا أن يتعلق بمضمون الحق ، وعلى هذا النحو يمكن وصف حق الشريك أثناء الشيوع بأن محله هو الشىء المادى كله، ولكـــن مضـــمونه هـــو ثلث مضمون حق الملكية المفرزة . وعلى ذلك لانستطيع أن نفهم ما يقال من أن القسمة تحقق التطابق بين النطاق المادى والـــنطاق المعـــنوى . أو العبارات الأخرى التى أشرنا إليها ، إلا على معنى أنها تعطى الشريك الذى له الثلث مثلا حقا به كل مضمون الملكية المفرزة على ثلث الشىء بعد أن كان له حق يخول ثلث مضمون الملكية المفـــرزة علـــى الشىء كله . ولا يمكن بعد هذا أن نقول بأن القسمة قد أبقت على الحق ذاته بعد أن حددته ، لأن حق الشريك بعد القسمة يختلف عن حقه قبلها سواء من حيث المحل ومن حيث المضمون ، فقبل القسمة كان له حق محله كل الشىء ومضمونه جزء من مضمون الملكية المادية،

وبعد القسمة أصبح له حق محله بجزء من الشيء ومضمونه هو كل مضمون الملكية العادية (أى المفرزة) وهو ما يكفى في تقديرنا للقول أن القسمة تعطى للشريك حقا آخر غير الحق الذى كان له أثناء الشيوع.
وبهذا ننتهى إلى رفض ما عبروا عنه بالأثر الكاشف ولم يهدفوا من ورائه إلا نفى الأثر الناقل ونضيف أخيرا ، تأييدا لموقفنا ، أن ثمة سؤالا لا نجد له إجابة في ظل رأى الشراح الذين نعرض لهم ، فقد كان للشريك على الأجزاء التى لم تقع في نصيبه حق مماثل لحقه الذى كان قائما على ما وقع في نصيبه ؟ فأين ذهب هذا الحق ؟
الواقع أن الحاجة إلى الإجابة على هذا السؤال فى غاية الأهمية ، إذ أن معرفة مصير ما كان للشريك من حق على الأجزاء التى لم تقع في نصيبه هى التى تمكن من معرفة مصير ما كان الشريك قد رتبه على هذا الحق من حقوق للغير كالرهن أو الانتفاع .
وفى تقديرنا أن قصور نظرية الأثر الكاشف ، عند من نعرض لهم من الفقهاء ، يدل على عدم صحة ما ذهبوا إليه من أن هذه النظرية تغنى عن الأثر الرجعى للقسمة للوصول إلى حصول كل متقاسم على الجزء المفرز الذى يختص به خالصا من آثار تصرفات غيره . ولبيان هذا يجب أولا أن نحدد تصرفات الشريك الذى يراد حماية غيره من آثارها ، وهى فيما نرى التصرفات التى ترد على حق الشريك الشائع بإنشاء حق للغير عليه كالرهن أو الانتفاع . ولما كان تصرف الشريك في حقه الشائع ، على هذا النحو ، تصرف صحيح لصدوره فيما يملكه الشريك فيترتب عليه نشوء الحق العينى ولايمكن أن يقال أنه غير نافذ بالنسبة لباقى الشركاء ، وبالتالى لاتفيد نظرية الأثر الكاشف التى نعرض لها في

تخلـــيص المال الذى ورد التصرف على حصة منه من حق الغير إذا ما وقـــع هـــذا المال في نصيب متقاسم غير المتصرف ، لأن هذه النظرية لاتستقيم إلا إذا سلمنا ابتداء أن تصرف الشريك كان غير نافذ قبل القسمة فـــي حق غير المتصرف من الشركاء . أما وفقا للأثر الرجعى للقسمة فيمكن القول ، وإن كان هذا على سبيل المجاز ، أنه يترتب على القسمة أن يعتبر المتصرف كأن لم يكن يملك شيئا في أى وقت إلا فيما وقع في نصـــيبه ، وبالتالى يعتبر تصرفه في حصة شائعة فيما وقع في نصيب غيره تصرفا في ملك الغير فلا ينفذ في حق المالك " .

ثم يمضى سيادته قائلا ص ٢١٥ : " إذا كما نعتقد فى عدم صحة ما ذهب إلـــيه المحدثـــون من أن القسمة كاشفة بطبيعتها ، فيبدو لنا أن النظرية التقلـــيدية ، فيما يتعلق بحقيقة أثر القسمة وهى أنها ناقلة كما رأينا عند الرومان ، هى الأولى بالقبول ولانرى وجها لوصف القسمة بأنها كاشفة إلا علـــى أســـاس النص الذى يقرر الأثر الرجعى ، وحيث يعتبر الأثر الكاشف كالأثر الرجعى حكما مجازيا كما رأينا من قبل " .

ويذهـــب الدكـــتور السنهورى إلى أن للقسمة أثر مزدوج كاشف وناقل فـــيقول ص١٢٥٥ وما بعدها : " والواقع من الأمر أن للقسمة بطبيعتها أثـــرا مزدوجا ، كاشفا وناقلا . ولو اقتصرنا على صورة مبسطة لمال شـــائع وقلنا أن أرضا يملكها اثنان في الشيوع لكل منهما النصف ، فهذه الأرض قبل القسمة كانت ملكا للشريكين تتزاحم عليها ملكية كل منهما . فإذا اقتطعنا أى جزء مفرز منها، كان هذا الجزء هو أيضا ملكا للشريكين تتزاحم عليه ملكية كل منهما ، فإذا نحن قسمنا الأرض بينهما ، وأفرزنا نصـــيب كل منهما فيها فإن هذا النصيب يصبح مملوكا لأحد الشريكين

ولذلـــك لا مناص من الأخذ بما ذهب إليه الدكتور السنهورى[١] مـــن أن المادة ٨٤٣ تخلع على القسمة أثرا كاشفا وأثرا رجعيا في وقت واحد، على أن يكون هذا وذاك على سبيل الافتراض القانونى أو المجـــاز فتستخلص جميع النتائج التى تدعو الحاجات العملية إلى

وحده دون الآخر . فهل يكون للإفراز عن طريق القسمة أثر كاشف أو أثـــر نـــاقل ؟ أن الشـــريك عندما أفرز نصيبه في الأرض ، صار هذا النصـــيب المفرز ملكه وحده كما قدمنا . وكان هذا النصيب قبل القسمة، وفى أثناء الشيوع ملكا للشريكين لكل منهما النصف . فالإفراز إذن ثبت للشريك في هذا النصيب المفرز ملكيته الثابتة قبل القسمة في النصف ، ونقل إليه ملكية شريكه الثابتة قبل القسمة في النصف الآخر، فخلصت له الملكـــية الكاملـــة في جميع النصيب المفرز . ومن ثم يكون للقسمة أثر كاشف في نصف النصيب ، وأثر ناقل في النصف الآخر. ويكون للقسمة إذن ، بطبيعتها أثر مزدوج ، كاشف وناقل .

ولما كان هذان الأثران يتعارضان ، لم يبق إلا أن نغلب أثرا على آخر فـــى المواضـــع التى يحسن فيها ، من الناحية العملية ، تغليب هذا الأثر فـــتارة نغلب الأثر الكاشف حيث يحسن تغليبه ، وتارة نغلب الأثر الناقل إذا دعت المقتضيات العملية إلى ذلك " .

ولكـــن ســـيادته انـــتهى في موضع آخر إلى أن المادة ٨٤٣ تخلع على القســـمة أثرا كاشفا وأثرا رجعيا في وقت واحد . (أنظر تفصيل ذلك في المتن " .

(١) ص ١٢٦٦ وما بعدها .

استخلاصــها مــن الأثــر الكاشف المفترض دون استغراق لجميع النتائج التى يمكن أن تستخلص من الأثر الرجعى إذا لم توجد حاجة عملية تدعو إلى ذلك .

١٦٠- بعض المسائل التى يستبعد فيها الأثر الرجعى للقسمة :

١- حق الشركاء في الثمار التى ينتجها المال الشائع أثناء الشيوع :

الــثمار التى تنتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوع تكون من حــق الشــركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم . فإذا تحولت حصة الشريك الشائعة بالقسمة إلى نصيب مفرز ، لم يكن لهذا الشريك أن يتمســك بالأثر الرجعى للقسمة للمطالبة بثمار هذا النصيب المفرز من بدء الشيوع .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الــثمار الــتى تنــتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوع من حق الشــركاء جمــيعا بنســبة حصة كل منهم وإجراء القسمة بعد ذلك لايجعــل للمتقاسم حقا فى الاستئثار بثمار الحصة التى خصصت له إلا مــن وقت حصول القسمة . ولايقدح فى ذلك ما قضت به المادة ٨٤٣ من القانون المدنى من اعتبار المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إلــيه منذ أن تملك فى الشيوع ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الرجعى للقسمة هو حماية المتقاسم من الحقوق التى يرتبها غيره من الشركاء علــى المــال الشــائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم

نصيبه المفرز الذى خصص له فى القسمة مطهرا من هذه الحقوق ويجب قصر إعمال الأثر الرجعى للقسمة فى هذا النطاق واستبعاده فـى جميع الحالات التى لا يكون الأمر فيها متعلقا بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة " .

(طعن رقم ١٣٦ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٥/١١/٢٥)

٢- تحديد المال الشائع وتقدير قيمته تكون عند وقت القسمة :

رأينا فيما سبق أن العبرة فى تحديد المال الشائع وتقدير قيمته، بحالة المال وقيمته وقت القسمة . وكان مقتضى الأثر الرجعى للقسمة أن تكون العبرة فى ذلك بما هو عليه وقت بدء الشيوع .

٣- بقاء الرهن الصادر من جميع الشركاء نافذا أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته (م ١/١٠٣٩ مدنى) .

٤- إذا صدر قانون جديد أثناء الشيوع يضع قواعد جديدة للقسمة فإنه يسرى على القسمة التى تتم بعد العمل به ولايحتج بأن للقسمة أثرا رجعيا فيطبق القانون السارى وقت بدء الشيوع .

١٦١ـ عدم تعلق مبدأ رجعية القسمة بالنظام العام :

لايتعلق مبدأ رجعية القسمة بالنظام العام ، ولذلك يجوز للشركاء أن يتفقوا على عدم التمسك بالمادة ٨٣٤ مدنى ، وليس أدل على ذلك مما قضى به المشرع فى المادة ١٠٣٩ مدنى من نفاذ الرهن

الصـــادر مـــن جميع الملاك لعقار شائع أيا كانت نتيجة القسمة أو التصفية .

كمـــا اســـتقر القضاء على أنه يجوز للشركاء عند قسمة عقار شـــائع بطـــريق التصفية أن يتفقوا على اعتبار حكم مرسى المزاد منشـــئا لملكية الراسى عليه المزاد ، حتى ولو رسا المزاد على أحد الشـــركاء فـــيجوز لهـــم مثلا الاتفاق على جواز إعادة البيع على مسئوليته عند التخلف عن دفع الثمن ، وبالرغم من أن هذا الإجراء يعتبر من قبيل الفسخ ، والأصل أن القسمة غير قابلة للفسخ [١].

(١) محمد على عرفه ص ٤٤٧.

المجال الذى يطبق فيه الأثر الكاشف للقسمة

١٦٢ـ أولاً : مجال تطبيق الأثر الكاشف من حيث التصرفات:

كل تصرف من شأنه إنهاء الشيوع ، يكون له أثر كاشف ، فهو يكشف عن حق سابق للشريك . فيسرى الأثر الكاشف على القسمة النهائية ، سواء كانت اتفاقية – ولو فعلية – أو قضائية ، عينية بمعدل أو بغير معدل كلية أو جزئية يخرج بمقتضاها بعض الشركاء من الشيوع فيختص كل منهم بنصيبه مفرزا بينما يبقى الشركاء الآخرون فى الشيوع، أو يقتصر الشركاء فيها على اقتسام جزء من المال الشائع فيختص كل منهم بنصيب مفرز من هذا الجزء بينما يبقى الجزء الآخر من المال شائعا فيما بينهم ، أو يقسم المال الشائع إلى قسمين يختص فريق من الشركاء بأحد القسمين يملكونه على الشيوع ويختص باقى الشركاء بالقسم الآخر يملكونه كذلك على الشيوع فيترتب على القسمة الأثر الكاشف رغم أن أحدا من الشركاء لم يختص بنصيبه مفرزا ، وذلك لأن القسمة قد تضمنت إفراز قسمين من المال الشائع فترتب على ذلك أن انتهى الشيوع الأصلى الذى كان يضم جميع الشركاء ونشأ لكل من الفريقين شيوع جديد [١].

---

(١) الصده ص ٢٣٩ .

أمـــا إذا كانـــت القســـمة بطريق التصفية أى ببيع المال الشائع بالمزاد العلنى أو الممارسة فإنه يتعين التفرقة بنى حالتين :

الحالة الأولى :

أن يكـــون المزاد أو الممارسة قد رست على أحد الشركاء فى المـــال الشائع . ففى هذه الحالة يعتبر هذا البيع قد تم لحساب جميع الشركاء تمهيدا للقسمة ، ويعتبر المال المبيع أنه قد وقع فى نصيب الشريك الذى رسا عليه ، ومن ثم يخصم الثمن الذى رسا به المزاد من حصة هذا الشريك فى مجموع الأموال الشائعة . فإذا زادت هذه الحصـــة علـــى الثمـــن أخذ هذا الشريك باقى نصيبه من الأموال الشائعة الأخرى أو من طريق معدل للقسمة يلتزم به باقى الشركاء، وإذا كـــان العكـــس دفع هذا الشريك لباقى الشركاء معدلا للقسمة . وتســـقط التصرفات التى أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشيوع فى خصـــوص المبيع ، ولكن تبقى التصرفات التى أبرمها هو . والثمن الذى بيع به المال للشريك يكون له حكم معدل القسمة . ولكن يتعين دفعه دون انتظار انتهاء عمليات القسمة [١].

الحالة الثانية :

أن يكـــون المزاد أو الممارسة قد رست على أجنبى ، وفى هذه الحالـــة يعتـــبر التصـــرف بيعا فيما بين الشركاء والمشترى، إنما

---

(١) السنهورى ص ١٢٦٩.

يقتصر ذلك على العلاقة فيما بين الشركاء والراسى عليه المزاد أو الممارســة . ومــن ثم يجوز للمشترى أن يطهر العقار المبيع من الــرهون التى ترتبت عليه من الشركاء فى أثناء الشيوع . أما فيما بيــن الشــركاء أنفسهم فالتصرف يعتبر قسمة لها أثر كاشف، أى ينطبق الأثر الكاشف فيما يتعلق بتوزيع الثمن الذى رسا به المزاد، ومــن ثــم يعتبر الشريك الذى وقع فى نصيبه ثمن المبيع هو وحده الذى باع المال الشائع للأجنبى ، فيصبح هو البائع وحده ، ومن ثم لاتــنفذ فــى حقــه التصرفات التى أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشيوع فى خصوص المبيع ولكى تبقى التصرفات التى أبرمها هو. وإذا قســم الثمــن بيــن الشــركاء اعتــبروا جميعا بائعين وبقيت التصرفات التى أبرموها أثناء الشيوع فى خصوص المبيع [1].

أما إذا كانت القسمة لا يترتب عليها إنهاء الشيوع فإنه لايسرى علــيها الأثر الكاشف ، ومثل ذلك قسمة المهايأة التى يقتصر أثرها على مجرد تسهيل الانتفاع بالملك الشائع .

غــير أن قسمة المهايأة المكانية إذا استمرت خمس عشرة سنة فإنها تنقلب إلى قسمة نهائية ، ويسرى عليها ما يسرى على القسمة النهائية من أحكام ، فيكون لها أثر كاشف .

---

(١) الصده ص ٢٤١ .

١٦٣ـ تصرفات معادلة للقسمة لها أثر كاشف :

يعتبر بيع أحد الشركاء حصته الشائعة لشريك آخر تصرفا معادلا للقسمة ، فيكون له أثر كاشف ، إذا يصبح الشريك المشترى مالكا للحصة المباعة وتضم هذه الحصة إلى الحصة التى يمتلكها، وتكون هذه الملكية قد آلت إليه من وقت بدء الشيوع .

كما ذهبت محكمة النقض إلى أن للشريك على الشيوع أن يبيع جزءا مفرزا من المال الشائع قبل إجراء القسمة فإذا لم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة وذلك عملا بالمادة ٢/٨٢٦ مدنى .

فقد قضت بأن :

١- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للشريك على الشيوع أن يبيع جزءا مفرزا من المال الشائع قبل إجراء القسمة فقد نصت المادة ١٢٦ فقرة ثانية من القانون المدنى على أنه : " إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة" ومتى تقرر ذلك فإن الطاعن يكون قد اشترى من المطعون عليه الجزء المفرز الذى يبيعه أو ما يحل محله مما يقع فى نصيب

المطعون عليه عند القسمة ، فإذا وقع الجزء المفرز عند القسمة فى نصيب المطعون عليه خلص للطاعن ، وإن لم يقع انتقل حق الطاعن بحكم الحلول العينى من الجزء المفرز المبيع إلى الجزء المفرز الذى يؤول إلى المطعون عليه بطريق القسمة ومن ثم كان للوالد أن يبيع لابنه مفرزا أو شائعا وأن يبيع ابنه بدوره إلى الطاعن مثل ذلك، ومن ثم فإن النعى على الحكم المطعون فيه – بأن البائع لايملك الحصة المبيعة – مفرزة يكون على غير أساس ".

(طعن رقم ٩١٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥)

٢- " نص المشرع فى المادة ٨٢٦ من القانون المدنى على أن : " كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها ويستولى على ثمارها وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة .... " ثم نص فى المادة ٩٣٦ من هذا القانون على أنه : " يثبت الحق فى الشفعة للشريك فى الشيوع إذا بيع شىء من العقار الشائع إلى أجنبى " ، يدل على أن للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه محددا مفرزا ويقع البيع صحيحا وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء فى الشيوع ، ومتى كان هذا البيع صحيحا

وصـــدر لأجنبى وكان الإفراز الذى تحدد به محل البيع لايحاج به سائر الشركاء فى الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء مما يعتــبر معـــه هذا التصرف بالنسبة لهم فى حكم التصرف فى قدر شــائع فإنه ينبنى على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة فى ذلك البــيع ، وفقــا لصـــريح عبارة النص فى المادة ٩٣٦ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٧٨٤ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/٥/١)

٣- " يــدل نـــص المادتيـــن ٨٢٦، ٩٣٦ من القانون المدنى- وعلـــى مـــا جـــرى به قضاء هذه المحكمة - على أن للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه محددا مفرزا ويقع البيع صحيحا ، وإن كانت حالـــة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء فـــى الشـــيوع ، ومتى كان هذا البيع صحيحا وصدر لأجنبى وكان الإفـــراز الـــذى تحـــدد به محل البيع لايحاج به سائر الشركاء فى الشـــيوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء ، مما يعتبر معه هذا التصـــرف بالنســـبة لهم فى حكم التصرف فى قدر شائع ، وبالتالى يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة فى ذلك البيع " .

(طعن رقم ١١٣٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/١/٢٤) [١]

---

(١) وقضت محكمة النقض فى حكم حديث لها صادر بتاريخ ١٩٩١/٥/١٢ فـــى الطعن رقم ٣٧٦ لسنة ٥٧ق بأن : " مؤدى نص المادة ٨٢٦ من

ويذهب- بحق - جانب من الفقه إلى أن حكم البيع لايسرى على الهبة فلا تعتبر تصرفا معادلا للقسمة ، لأنه القسمة من المعارضات أما الهبة فهى من التبرعات ، ومن ثم تكون الهبة ناقلة للملكية لا كاشفة (١).

القانون المدنى يدل على أنه يشترط لإعمال الحلول العينى وفقا لهذا النص أن تجرى قسمة بين الشركاء للمال الشائع يكون من شأنها أن تؤدى إلى إفراز نصيب معين للشريك البائع يوازى حصته فى الشيوع بحيث يستأثر وحده بكل سلطات الملكية الخالصة على هذا الجزء وأن لايقع المبيع فى الجزء المفرز الذى اختص به البائع بما مؤداه أنه لامجال لإعمال الحلول العينى إن كان أساس التصرف بالبيع حصة مفرزة من المال الشائع ، فإن أسفرت القسمة بين الشركاء عن اختصاص كل مجموعة منهم بقدر مفرز من المال الشائع مع بقاء الشريك البائع مالكا لحصة شائعة فيه فإنه يمتنع فى هذه الحالة إعمال الحلول العينى طالما أن نصيب البائع بقى شائعا لم يتم إفرازه ... الخ " .

(١) السنهورى ص ١٢٧٠ - وعكس ذلك الصده ص ٢٤١، أحمد سلامه ص ٤٠٤ فيذهبان إلى أنه يستوى أن يكون التصرف بمقابل أو بغير مقابل- ويقول الدكتور الصده ص ٢٤١ ومابعدها هامش (٤) "الرأى الذى يأخذ به القضاء الفرنسى ، وهو الرأى السائد فى الفقه الفرنسى ، أن التصرف الذى يعتبر من قبيل القسمة فيترتب عليه الأثر الكاشف هو التصرف بعوض، وذلك بحجة أن القسمة جوهرها تصرف بعوض، وأن اعتبار الهبة من قبيل القسمة يؤدى إلى التضحية بمصالح خلف الشريك

والأمـوال الـتي يجـرى التصرف فى شأنها بمناسبة القسمة لاينطـبق علـيها الأثـر الكاشـف ، لأنها لم تكن شائعة وأفرزت بالقسـمة. فـإذا أثبتت القسمة حقا لأحد الشركاء على شيء لم يكن داخـلا من قبل فى نطاق الشيوع فلا ينطبق الأثر الكاشف بالنسبة إلى هذا الحق .

الواهـب ودائنيه . الهبة التى تؤدى إلى اختصاص الشريك بمال مفرز تكون فى نظر هؤلاء تصرفا ناقلا ، فلا يترتب عليها الأثر الكاشف ، بل يصبح هذا الشريك بمقتضاها خلفا للواهب ، وهناك من الفقهاء من يرى أن المـنطق السليم يقضى بعدم التفرقة فى هذا الخصوص بين التصرف بعوض والتصرف بدون عوض. إذ أن هذه التفرقة ترجع فى الواقع إلى الفكرة القديمة التى كانت ترى فى القسمة عملية مقايضة لايترتب عليها الأثـر الكاشـف إلا مـن طريق الافتراض . ولما كانت القسمة عملية تنطوى على التغيير فى حق الشريك بحيث يختص بمال مفرز ، فلم يعد هـناك مـا يدعـو إلى التفرقة تبعا لنوع التصرف الذى يؤدى إلى هذا التغيير، وهذا هو الرأى الذى رجحناه فى المتن ، لأن هو الذى يتسق مع وظيفة القسمة وما تسفر عنه من اختصاص الشريك بمال مفرز . وليس هـناك ما يدعو إلى الخشية من التضحية بمصالح خلف الشريك الواهب ودائنيه، إذ يستطيع هؤلاء حماية مصالحهم من طريق الدعوى البوليصية، حيث أنه بواسطتها تصبح الهبة غير نافذة فى حقهم " .

١٦٤ـ ثانياً : مجال تطبيق الأثر الكاشف من ناحية الأموال :

إن الذى يجعل القسمة ضرورية هو شيوع المال بين الشركاء، ومن هذا كان طبيعيا أن ترد القسمة على كل مال شائع تم إفرازه، وأن ينطبق بالتالى الأثر الكاشف على ما أفرزته القسمة من هذا المال، سواء كان هذا المال منقولا ماديا أو منقولا معنويا كحق الاختراع أو حق المؤلف . وبالتالى يخرج من مجال تطبيق الأثر الكاشف للقسمة ما يأتى :

١ـ معدل القسمة :

لأن معدل القسمة لم يكن شائعا وأفرز ، وإنما هو مال مملوك ملكية مفرزة يدفعه الشريك لزميله المتقاسم حيث تتوازن الأنصبة ، فإذا تمت القسمة بمعدل سرى الأثر الكاشف على المال الذى أفرز بالقسمة ولايسرى على المعدل ، وإنما يكون التزاما فى ذمة المدين به بموجب القسمة – وتنتقل ملكيته من المدين إلى الشريك الدائن ويعتبر هذا الأخير بالنسبة له خلفا للأول (المتقاسم) فإذا كان المعدل عقارا فإن ملكية هذا العقار لاتنتقل إلى الدائن إلا بالتسجيل [1].

وتبقى التصرفات التى أبرمها المتقاسم الأول فى خصوص العقار .

---

(١) الصده ص ٢٤٣ وما بعدها – سلامه ص ٤٠٦ ومابعدها – السنهورى ص ١٢٧٢ وما بعدها .

٢ـ الحقوق الشخصية :

ذلــك أن الشــيوع لايــرد على الحق الشخصى ، لأنه إذا تعدد أصــحاب الحق الشخصى فإنه الحق ينقسم بينهم فى ذلك مالم يكن غــير قــابل للإنقســام إذ فى هذه الحالة تنطبق أحكام عدم القابلية للإنقسام لا أحكام الشيوع . ومادام أن هذه الحقوق تكون مقسمة من أول الأمــر فلا يكون هناك محل لقسمتها ولا انطباق للأثر الكاشف علــيها . فــإذا توفى شخص وكان للتركة دين فإن هذا الدين ينقسم على الورثة لحظة الوفاة ، كل بحسب نصيبه الشرعى . وعلى ذلك يعتــبر كل وارث صاحب حصة فى الحق الشخصى من وقت وفاة المــورث ودائنا على استقلال للمدين بجزء من الدين بنسبة حصته فــى التركة لا بسبب الأثر الكاشف للقسمة ، بل بسبب انقسام الحق الشخصى بمجرد وفاة المورث .

وإذا كانت المادة ٩٠٧ مدنى تنص على أنه : " إذا اختص أحد الورثــة عــند القسمة بدين للتركة ، فإن باقى الورثة لايضمنون له الدين إذا هو أعسر بعد القسمة. مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك" ، فإنــه ليس معنى هذا النص أن يبقى الدين شائعا حتى القسمة ، فهو قد آل إلى الورثة لحظة الوفاة فأصبح كل منهم دائنا بدين مستقل ،

فـــإذا اتفق الورثة عند قسمة التركة على أن يأخذ أحدهم كل الحق الـــذى للتركة كان مفاد هذا أن الورثة الآخرين قد حولوا أنصبائهم فـــى هذه الحق إلى ذلك الوارث ويكون الاتفاق تصرفا ناقلا بالنسبة إلى هذه الأنصبة [١]، ويلزم حتى تكون الحوالة نافذة فى حق المدين أن يقـــبلها أو يعلـــن بهـــا (م ٣٠٥ مدنى) ، مع مراعاة أن الورثة المحيليـــن يضـــمنون للمحال إليه يسار المدين وقت القسمة ، ما لم يقـــض الاتفـــاق بغير ذلك ، وهذا يخالف القاعدة العامة التى تجعل المدين ضامنا لوجود الحق فحسب وقت الحوالة (م ١/٣٠٨).

١٦٥ـ ثالثا : مجال تطبيق الأثر الكاشف من ناحية الأشخاص :

مـــادام أن القســـمة بطبيعتها تصرف كاشف فإن أثرها الكاشف يقـــوم بالنســـبة لجمـــيع الأشخاص ، لا فرق فى ذلك بين الشركاء المقتاسمين فى المال الشائع والغير .

وبالنســـبة للشـــركاء لا فـــرق بين شريك أصلى اكتسب ملكية حصته فى المال الشائع منذ بدء الشيوع ، أو شريك طارئ اكتسب ملكية حصته بعد بدء الشيوع .

---

(١) أحمد سلامه ص ٤٠٧ – السنهورى ص ١٢٧٢ ومابعدها – الصده ص ٣٤٣ ومابعدها .

وكذلــك لا عــبرة بسند تملك الشركاء فقد يختلف سند اكتسابهم ملكيــتهم لحصتهم فى المال الشائع . فالعبرة بثبوت ملكية الشريك لحصته وقت القسمة .

وبالنســبة للغير ، لا فرق بين دائن عادى أو دائن مكتسب لحق عينى أصلى ، أو دائن بحق قيد .

وعلى ذلك لاتنفذ فى حق الشريك المتقاسم التصرفات التى أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشيوع ، على المال الشائع ، فإذا كان أحد الشــركاء قــد باع أو رهن إبان الشيوع – جزءا مفرزا ثم آل هذا الجزء إلى شريك آخر فإنه يؤول إليه محررا من الرهن ، كما وأن المشترى لايستطيع المطالبة بنقل ملكيته ، ولو كان قد سجل عقده ، إذ يترتــب على القسمة سقوط التسجيل ذلك أنه بفعل الأثر الكاشف للقسمة يعتبر كل من البيع والرهن قد صدر من غير مالك . ولايرد علــى هــذا القول إلا استثناء واحد هو التصرف الصادر من جميع الشركاء فإنه يبقى أيا كانت نتيجة القسمة (١).

ولكن الدائن المرتهن يستوفى دينه بالأولوية من المقابل الذى آل إلى الراهن تطبيقا للمادة ١٠٥٦ مدنى التى تجرى على أن: " يستوفى الدائــنون المرتهــنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار

---

(١) أحمد سلامه ص ٤٠٥ ومابعدها .

المـــرهون ، أو من المال الذى حل محل هذا العقار ، بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد في يوم واحد "(١).

---

(١) وقد ذهب الدكتور السنهوري في حق الملكية ص ١٣٧٤ إلى أن الدائن المرتهـــن لا يكون له حق التقدم على نصيب مدينه فى ثمن العقار ، فإن المدين يكون قد استبدل بحصته في العقار الذي رهنه مبلغا من النقود ، وقـــد أصـــبح هـــذا المـــبلغ ضمانا لدائنيه جميعا ولايتقدم عليهم الدائن المرتهـــن- ومـــع ذلـــك يذهب سيادته في الجزء العاشر فى التأمينات الشخصـــية والعينية ١٩٨٠ ص ٣٣٣ ومابعدها إلى أن : " وإذا وقع فى نصـــيب الشريك الراهن منقول بدلا من العقار، فقد الدائن المرتهن حقه فـــى الرهـــن كما فى الفرض السابق . وكما فى الفرض السابق أيضا ، يحتفظ الدائن المرتهن بحقه فى التقدم إذا وقع فى نصيب الشريك الراهن مبلغ من النقود ".

النتائج التى تترتب على الأثر الكاشف للقسمة

١٦٦ـ سقوط التصرفات الصادرة من الشركاء غير الشريك الذى وقع فى نصيبه جزء مفرز :

إذا اختص أحد الشركاء بنصيب مفرز فى المال الشائع بمقتضى القسمة سواء كانت اتفاقية أو قضائية يعتبر – كما أوضحنا سلفا- مالكا لهذا الحصة المفرزة منذ بدء الشيوع وأنه لم يمتلك غيرها فى بقية الحصص وأن الشركاء الآخرين لم يكونوا مالكين لها منذ بدء الشيوع .

ويترتب على ذلك أن التصرفات التى أبرمها أحد الشركاء الآخرين أثناء الشيوع على المال الشائع تكون صادرة من غير مالك لاتنفذ فى حق هذا الشريك ، ولكن التصرفات التى أبرمها هو تكون نافذة ، وهذه النتيجة هى أهم النتائج التى أريد الوصول إليها من اعتبار القسمة كاشفة، ذلك أن مقتضى هذا الاعتبار ألا تكون القسمة سند تملك المتقاسم للنصيب الذى آل إليه ، فلا يكون هذا المتقاسم خلفا للمتقاسمين الآخرين .

ويسرى هذا الحكم على كافة الحقوق العينية التى رتبها الشركاء الآخرون على النصيب المفرز سواء كانت حقوقا عينية أصلية أو حقوقا عينية تبعية ، ولايمنع من هذا السقوط أن يكون الحق قد

سجل أو قيد (١). فإذا كان أحد الشركاء قد تصرف بالبيع فى الحصة المفرزة التى آلت إلى الشريك بعد القسمة ، أو وهبها ، أو رتب عليها حق انتفاع ، فإن البيع والهبة وحق الانتفاع يسقط وتخلص الحصة إلى الشريك خالية من هذه التصرفات .

وكذلك إذا كان أحد الشركاء فى المال الشائع قد رهن الحصة المفرزة أو جزءا منها رهنا رسميا أوحيازيا جاز للشريك الذى آلت إليه الحصة المفرزة أن يطلب من الشريك وعلى نفقته أن يحصل على شطب الرهن الرسمى ورهن الحيازة وحق الاختصاص وحق الامتياز المترتب من جانبه (٢).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لئن كان بيع الشريك المشتاع لقدر مفرز من نصيبه لاينفذ فى حق باقى الشركاء بل يظل معلقا على نتيجة القسمة ، إلا أنه يعتبر صحيحا ونافذ ا فى حق الشريك البائع ومنتجا لآثاره القانونية على نفس المحل المفرز المتصرف فيه قبل القسمة . أما بعد القسمة فاستقرار التصرف على ذات المحل رهين بوقوعه فى نصيب الشريك البائع فإن وقع فى غير نصيبه ورد التصرف على الجزء الذى يقع فى نصيبه نتيجة للقسمة . وينبنى على ذلك أنه إذا سجل

---

(١) أحمد سلامه ص ٤٠٧ .

(٢) السنهورى ص ١٢٧٥ ومابعدها .

المشـــترى لقدر مفرز من الشريك المشتاع عقد شرائه ، انتقلت إليه ملكية هذا القدر المفرز فى مواجهة البائع له فى فترة ما قبل القسمة بحيـــث يمتـــنع على البائع التصرف فى هذا القدر إلى الغير. فإن تصـــرف فـــيه كـــان بائعا لملك الغير فلا يسرى هذا البيع فى حق المـــالك الحقـــيقى وهو المشترى الأول الذى انتقلت إليه ملكية هذا القدر من وقت تسجيل عقد شرائه " .

(طعن رقم ١٨٢ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٢/١٧)

٢- " تقضـــى المادة ٨٤٣ من القانون المدنى باعتبار المتقاسم مالكـــا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الرجعى للقسمة هو حماية المتقاسم من الحقوق التى يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلـــص لكـــل متقاســـم نصيبه المفرز الذى خصص له في القسمة مطهـــرا من هذه الحقوق ويجب قصر إعمال الأثر الرجعى للقسمة فـــى هـــذا النطاق واستبعاده في جميع الحالات التى لا يكون الأمر فـــيها مـــتعلقا بحمايـــة المتقاسم من تصرفات شريكه الصادرة قبل القسمة . ولما كان سند الطاعنة في طلب الحكم لها بملكية الأطيان محـــل النزاع هو وضع اليد المدة الطويلة ، وهو بعد يعد بذاته سببا لكســـب الملكية مستقلا عن غيره من أسباب اكتسابها فلا وجه من بعد لإعمال حكم الأثر الرجعى للقسمة على واقعة الدعوى " .

(طعن رقم ٧٠٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٩/٥/٢٩)

٣- " إذا كانــت المــادة ٩٧٠ مــن القانون المدنى قبل تعديلها بالقــانون رقــم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ تنص على أن الأموال الموقوفة لاتكسب بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة ثلاثة وثلاثين سنة ثم نص هذا القــانون الأخير والذى عمل به اعتبار من ١٩٥٧/٧/١٣ على أنه لايجوز تملك الأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم فــإن حيازة الطاعنين وحيازة من سبقهم من المشترين حيث صدور قــرار لجــنة القسمة في ١٩٦٦/١٠/٢٣ بفرز حصة الخيرات في الوقــف لاتــؤدى إلــى كســب ملكية الأطيان محل النزاع بالتقادم لورودهــا علــى مال لايجوز تملكه بهذا السبب عملا بنص المادة ٩٧٠ مــن القانون المدنى المعدلة بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ لوجــود حصة وقف خيرى شائعة فيها ، ولايقدح في ذلك أن المادة ٨٤٣ من القانون المدنى تقضى باعتبار المتقاسم مالكا للحصة التى آلــت إلــيه مــنذ أن تملك في الشيوع ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الــرجعى للقسمة هو حماية المتقاسم من الحقوق التى يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاســم نصيبه المفرز الذى خصص له في القسمة مطهرا من هذه الحقــوق ويجب قصر إعمال الأثر الرجعى للقسمة في هذا النطاق واســتبعاد جمــيع الحــالات التى لايكون الأمر فيها متعلقا بحماية المتقاســم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة ، لما كان ذلك

وكــان سند الطاعنين في تملك الأطيان محل النزاع هو وضع اليد المــدة الطويلــة المكسبة للملكية وهو يعد بذاته سببا لكسب الملكية مستقلا عن غيره من أسباب اكتسابها فلا وجه من بعد لإعمال حكم الأثــر الرجعى للقسمة على واقعة الدعوى – ولما كانت مدة حيازة الطاعنين التى تلت صدور حكم القسمة في ١٩٦٦/١٠/٢١ لاتكفى لتملكهم الأطيان محل النزاع بالتقادم الطويل ، فإن الحكم المطعون فــيه إذ رفض ادعاءهم تملكها بهذا السبب يكون قد صادف صحيح القانون ".

(طعن رقم ٨٥٧ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٨٠/٦/١٠)

٤- " من المقرر- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أنه إذا كان البيع منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع وكان سابقا علــى إجــراء القسمة بين الشركاء ، فإن المشترى في هذه الحالة لايعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنى- حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة – شريكا في العقار الشائع ولا يكون له أى حق من حقوق الشركاء وبالتالى لا يلزم تمثيله في القسمة ، وقد تمت هذه القسمة بين الشركاء ، فإنه تكون حجة عليه ولو لم يكن طرفا فيها ، ويترتب عليها في حقه ما يترتب عليها في حــق المتقاســمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجــزء المفــرز الذى وقع في نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير

التصـــرف الصادر إليه ، فإذا وقع القدر المبيع المفرز في نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر ، وإن لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى البائع بطريق القسمة " .

(طعن رقم ١٤٠٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/١/٣٠)

٥- " مــؤدى نص المادة ٨٢٦ من القانون المدنى يدل على أنه يشترط لإعمال الحلول العينى وفقا لهذا النص أن تجرى قسمة بين الشــركاء للمال الشائع يكون من شأنها أن تؤدى إلى إفراز نصيب معيــن للشريك البائع يوازى حصته في الشيوع بحيث يستأثر وحده بكــل سلطات الملكية الخالصة على هذا الجزء وأن لايقع المبيع في الجــزء المفرز الذى اختص به البائع بما مؤداه أنه لامجال لإعمال الحلــول العيــنى إن كان أساس التصرف بالبيع حصة مفرزة من المال الشائع ، فإن أسفرت القسمة بين الشركاء عن اختصاص كل مجموعــة منهم بقدر مفرز من المال الشائع مع بقاء الشريك البائع مالكــا لحصة شائعة فإنه يمتنع في هذه الحالة إعمال الحلول العينى طالمــا أن نصــيب البائع بقى شائعا لم يتم إفرازه، لما كان ما تقدم وكــان الحكــم المطعــون فيه قد قضى بصحة ونفاذ عقد البيع عن مســاحة ٤ ف شائعة في ١٠ ف التى اختص بها ووالدته، وشقيقاه وأقام قضاءه . هذا على أن حق المطعون عليه الأول قد انتقل بقوة القانون إعمالا للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ سالفة البيان إلى الحصة

الشـــائعة الـــتى يمتلكها البائع له من المساحة التى اختص بها ومن معه في حين أنه لا مجال لإعمال الحلول العينى طالما بقيت حصة البائع شائعة ولم تسفر القسمة عن اختصاصه بقدر مفرز فإنه يكون قد قضى في الدعوى على خلاف سند المشترى ، وبالمخالفة لإرادة المتعاقدين وأعمل الحلول العينى على خلاف مقتضى القانون".

(طعن رقم ٣٧٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩١/٥/١٢)

١٦٧ـ ثانياً : عدم اعتبار القسمة سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى :

تــنص المــادة ١/٩٦٩ مدنى على أنه إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى وكانت مقترنة بحسن النية ومستنده فــي الوقــت ذاته إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات " .

وتعــرف الفقرة الثالثة من ذات المادة السبب الصحيح بأنه سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشىء أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون .

ولما كان يشترط في السبب الصحيح للتملك بالتقادم الخمسى أن يكون ناقلا للملكية أو للحق العينى الأصلى ، وكانت القسمة كاشفة للحــق وليست ناقلة له ، فإنها لاتصلح سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى .

فإذا تبين أن العقار الذى تقاسم فيه الشركاء لم يكن مملوكا لهم، فلا يجوز للمتقاسم الذى حاز بحسن نية الجزء المفرز الذى وقع في نصيبه مدة خمس سنوات أن يستند إلى القسمة باعتبارها سببا صحيحا يخوله تملك هذا الجزء بالتقادم ، إنما تكون العبرة في هذا الشأن بالسند الأصلى للملكية الشائعة . فإذ كان هذا السند من شأنه أن ينقل الملكية ولكنه صدر من غير مالك ، كعقد بيع اشترى به الشركاء العقار الشائع من غير مالكه ، فإن هذا السند هو الذى يصح اعتباره سببا صحيحا (١).

وإذا اشترى شخص – وهو حسن النية – عقارا من غير مالك ثم توفى عن ورثة واقتسم الورثة هذا العقار فوقع مفرزا في نصيب واحد منهم، اعتبر البيع الصادر للمورث سببا صحيحا يجيز للوارث الذى اختص بالعقار أن يتمسك بالتقادم الخمسى ، ذلك أن القسمة تكشف عن تملك هذا الشريك للعقار من وفاة المورث ، كما أن الحيازة تنتقل إلى الخلف العام بصفاتها (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لايصح اعتبار عقد القسمة سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى ، ذلك أن القسمة وفقا للمادة ٤٥٧ من القانون المدنى القديم

---

(١) الصده ص ٢٤٥ وما بعدها .

(٢) أحمد سلامه ص ٤١١ هامش (٣) .

والمادة ٨٤٣ من القانون المدنى الجديد تعتبر مفرزة للحق لا منشئة لــه ، ويشترط في السبب الصحيح أن يكون من شأنه نقل الملك لو أنه صدر من المالك الحقيقى لاتقريره " .

(طعن رقم ٥٧ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٤/٢٩)

١٦٨ـ ثالــثا: عــدم اشــتراط تســجيل القســمة لســريانها بــين الشركاء المتقاسمين :

يفــرق القـــانون فيما يختص بالتسجيل بين التصرفات التى من شأنها نقل الملكية العقارية والتصرفات المقررة أو الكاشفة ، فالأولى يترتـــب على عدم تسجيلها أن الملكية لاتنتقل لا بين المتعاقدين ولا بالنســبة إلـــى الغــير ، أما الثانية فيترتب على عدم تسجيلها أنها لاتكـــون حجة على الغير . وقد حرص الشارع على أن ينص على ســـريان هـــذا الحكـــم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالا موروثة.

فقد نصت المادة التاسعة فقرة أولى وثانية من القانون رقم ١١٤ لســـنة ١٩٤٦ (المعـــدل) بتنظيم الشهر العقارى على أن : " جميع التصـــرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصـــلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشـــيء مـــن ذلـــك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية .

ويترتـــب علـــى عـــدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولاتنـــتقل ولاتتغـــير ولاتـــزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم .

ولا يكـــون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن ".

ونصـــت المـــادة العاشرة من فقرتيها الأولى والثانية على أن : "جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لاتكون حجة على الغير .

ويســـرى هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالا موروثة " .

ويـــنهض بالـــتفرقة بيـــن التصـــرفات الـــناقلة للملكية العقارية والتصرفات المقررة أو الكاشفة أن التصرف الناقل يخول المتصرف إلـــيه حقا لم يكن له من قبل ، فهو بذلك أكبر خطرا من التصرف الكاشف الذى يقتصر أمره على تقرير حق ثابت من قبل .

وبـــناء على ذلك فإنه بمجرد حصول القسمة وقبل تمام التسجيل يعتـــبر المتقاســـم فـــيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفـــرزة للجزء الذى وقع في نصيبه ، ولكن لايجوز الاحتجاج على

الغـير بهذه الملكية إلا بعد تسجيل القسمة ، فلهذا الغير أن يتجاهل القسمة غير المسجلة ويعتبر حالة الشيوع لاتزال قائمة [١].

ويسـرى ذلـك على القسمة القضائية والاتفاقية والمهايأة التى تتحول إلى قسمة نهائية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا أقر الورثة القسمة التى أجراها الخبير المنتدب من قبل المحكمـة ، وصـدقت المحكمـة على هذه القسمة وسجل محضر الخبـير ، ثم تصرف أحد الورثة في نصيبه المقسوم كله أو بعضه بعقـود مسجلة أو ثابتة التاريخ ، ثم اتفق الورثة فيما بينهم بعد ذلك علـى تقسيم جديد لتلك الأطيان لم يدخلوا فيه معهم من تلقى الملكية بطـريق الشـراء عـن أحدهم ، فعقد الاتفاق الأخير لايعتبر قسمة جديـدة نافذة على أولئك المشترين ، وإنما هو عقد بدل بين ملاك، لايكـون حجـة علـى غير المقتسمين إلا إذا سجل . وبدون ذلك لايمكـن الاحـتجاج بهـذا البدل على الغير الذى اكتسب حقا على الحصـة التى اختص بها الوارث البائع له بموجب القسمة وإلا ولى وحفظ هذا الحق بالتسجيل ".

(طعن رقم ١٦ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣١/١٢/١٧)

---

(١) أحمد سلامه ص ٤٠٨ .

٢- " مـتى كان الحكم إذ قرر أن القسمة مقررة للحق وليست منشـئة له وتسجيلها غير لازم للاحتجاج بها فيما بين المتعاقدين أو طـرفى الخصومة في دعوى القسمة وإن كان واجبا بالنسبة للغير وهـم من لهم حقوق عينية على العقار محل القسمة وليس من بينهم المسـتأجر لأنه صاحب حق شخصى ، فإن هذا الذى قرره لاخطأ فـيه ويتفق مع المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ " .

(طعن رقم ٩٦ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١١/٣)

٣- " مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى أنه بمجرد حصـول القسـمة وقـبل تسـجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع في نصيبه دون غـيره مـن أجزاء العقار المقسم ، وأنه لايحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة " .

(طعن رقم ٣٦٤ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٤/٢)

٤- " الغـير في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى رقـم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ هو من تلقى حقا عينيا على العقار الشائع علـى أسـاس أنه مازال مملوكا على الشيوع وقام بشهر هذا الحق وفقا للقانون قبل شهر سند القسمة " .

١٦٨ مكرر- أثر القسمة غير المسجلة على المشترى للعقار من أحد الشركاء فيه بعقد مسجل قبل القسمة .

(أ) – التصرف في قدر شائع : إذا اشترى من أحد الشركاء نصيبه أو بعضه شائعا وسجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة اعتبر المشترى من الغير وبالتالى لايحتج عليه بهذه القسمة يستوى في ذلك أن يكون شراؤه سابقا على إجراء القسمة أم لاحقا لها ويصبح في الحالين شريكا في العقار الشائع بقدر الحصة التى اشتراها ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذا العقار قضاء أو اتفاقا بل له أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذا لم يرتض القسمة التى تمت دون أن يكون طرفا فيها .

(ب)– التصرف في المفرز قبل القسمة : إذا كان البيع منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع وكان سابقا على إجراء القسمة بين الشركاء فإن المشترى في هذه الحالة لايعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنى حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة – شريكا في العقار الشائع ولا يكون له أى حق من حقوق الشركاء وبالتالى لايلزم تمثيله في القسمة . ومتى تمت هذه القسمة بين الشركاء فإنها تكون حجة عليه ولو لم يكن طرفا فيها ويترتب عليها في حقه ما يترتب عليها في حق المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع في

نصـــيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر إليه فإذا وقع القـدر المبيع المفرز في نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر وإن لـم يقع انتقل حقه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى البائع بطريق القسمة .

(جـــ) – التصرف فى المفرز بعد القسمة : إذا كان التصرف فـي الجزء المفرز لاحقا لإجراء قسمة لم تسجل فإن الأمر لايخرج عـن أحد فرضين : (الأول) أن يكون الشريك البائع قد تصرف في نصـيبه الذى خصص له في القسمة وفى هذه الحالة تكون القسمة حجة على المشترى ولايجوز له أن يتحلل منها بحجة عدم تسجيلها إمـا علـى أسـاس لأنه لايعتبر من الغير في حكم المادة ١٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ لأنه قد تلقى حقه على أساس القسمة الـتى تمت لا على أساس أن الشيوع ما زال قائما وإما على أساس أنـه بشرائه الجزء المفرز الذى اختص به الشريك البائع بمقتضى القسـمة غير المسجلة يكون قد ارتضاها (الثانى) أن يقع التصرف على جزء مفرز غير الجزء الذى اختص به الشريك البائع بمقتضى القسـمة غير المسجلة – فى هذه الحالة لايتلقى المشترى حقه على أسـاس القسـمة إذ هو قد أنكرها بشرائه ما لم تخصصه للبائع له وإنما على أساس أن الشيوع مازال قائما رغم إجراء القسمة ، ومن ثـم فإن المشترى إذا سجل عقده قبل تسجيل القسمة يعتبر في هذا

الفرض من الغير ولايحتج عليه بالقسمة التى تمت ويكون له إذا لم يرتض هذه القسمة أن يطلب إجراء قسمة جديدة ".

(طعن رقم ٤٩٤ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٥/١٢/٢)

٥- " الغـرض مـن تسجيل القسمة لإمكان الاحتجاج بها على الغـير هو شهرها حتى يكون في استطاعة هذا الغير أن يعلم وقت صـدور التصـرف إلـيه مـن أحد المتقاسمين ما إذا كان العقار موضـوع التصرف قد وقع في القسمة في نصيب المتصرف أو لم يقع ".

(طعن رقم ١٩٤ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤)

٦- " مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى أنه بمجرد حصـول القسـمة وقـبل تسـجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع في نصيبه دون غـيره مـن أجـزاء العقار المقسم وأنه لايحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة ".

(طعن رقم ٢٩١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/١/٣٠)

٧- " لمـا كـان يترتـب على قسمة المال الشائع إفراز حصة الشـريك فـيه بأثر كاشف للحق لا منشئ له وفق ما تقرره المادة ٨٤٣ من التقنين المدنى فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه مـنذ أن تملك على الشيوع وأنه لايملك غيرها في بقيه الحصص ،

وأن تسـجيل القسمة غير لازم في العلاقة بين المتقاسمين على ما يـنص علـيه قانون الشهر العقارى، ويعتبر كل متقاسم في علاقته بزملائه المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة لنصيبه بالقسمة ولو لـم تسـجل على خلاف الغير الذى لايحتج عليه بها إلا بتسجيلها ، ولمـا كـان الحكـم المطعـون فيه لم يعن بالرد على ما تمسك به الطاعن بشأن حصول قسمة فعلية لأطيان المورث الأصلى ولم تقع أطـيان النزاع ولا جزء منها ضمن ما اختص به مورث المطعون ضده الثانىمع كونه دفاعاجوهريا كان يتعين التصدى له ومناقشته ، إذا لـو ثبتـت القسـمة لكان من الجائز أن يتغير وجه الرأى في الدعوى ، فإنه يكون مشوبا بالقصور ".

(طعن رقم ٤٩٦ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/١١/٢٤)

٨- " إذ نصـت المادة ٨٤٣ من القانون المدنى على أن "يعتبر المتقاسـم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لـم يملـك غيرها شيئا فى بقية الحصص" فقد دلت على أن القسمة مقـررة أو كاشفة للحق سواء كانت عقدا أو قسمة قضائية لها أثر رجعـى ، فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فـي الشـيوع وأنه لم يمتلك غيرها فى بقية الحصص وذلك حماية للمتقاسـم مـن الحقـوق التى يرتبها غيره من الشركاء على المال الشـائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز

الــذى خصص له فى القسمة مطهرا من هذه الحقوق وبوصفها من العقــود الكاشفة فتثبت الملكية بمقتضاها فيما بين المتعاقدين بالعقد ذاته ولو لم يكن مسجلا " .

(طعن رقم ٦٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/١١)

٩- " مــؤدى نــص المادة العاشرة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ فى شأن تنظيم الشهر العقار أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تســجيلها يعتــبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكــية مفــرزة للجزء الذى وقع في نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم ، وأنه لايحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة " .

(طعن رقم ٥٩١ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٢/١٢)

١٠- " مــن المقرر- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن مــؤدى المــادة العاشــرة من قانون الشهر العقارى أنه بمجرد حصــول القســمة وقــبل تســجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع في نصيبه دون غــيره من أجزاء العقار المقسم ، إلا أنه لايحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة ".

(طعن رقم ١١٥٧ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٤/٢٨)

١١- " وفقا للمادة ٨٤٣ من القانون المدنى يترتب على صدور حكـــم بالقسمة أن يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقيـــة الحصص وأن ما يقضى به حكم القسمة ملزم لكافة الشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا في دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم ".

(طعن رقم ٣٧٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨٣/٤/٢٦)

١٢- " أثر القسمة قبل تسجيلها . اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع في نصيبه. عدم الاحتجاج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة. الغـــير فـــي حكـــم المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى ١١٤ لسنة ١٩٤٦ . ماهيـــته . المشترى لنصيب أحد الشركاء أو بعضه شائعا وســـجل عقده قبل تسجيل القسمة . اعتباره غير سواء كان شراؤه سابقا أو لاحقا على إجراء القسمة . مؤدى ذلك ".

(طعن رقم ١٠٣ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٦/٢/١٢- غير منشور)

١٣- " القسمة غير المسجلة . أثرها . اعتبار المتقاسم فيما بينه وبيـــن المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع في نصيبه . عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت " .

(طعن رقم ٣١٤ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/٦/٢١- غير منشور)

١٤- " القسمة غير المسجلة . أثرها . اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع في نصيبه . عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت القسمة .... الخ " .

(طعن رقم ١١٢٧ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/١/٢٠- غير منشور)

١٥- " القسمة غير المسجلة . أثرها . اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة لنصيبه . عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت القسمة . الغير . ماهيته ".

(طعن رقم ٦٠٤ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠- غير منشور)

١٦- " القسمة غير المسجلة . أثرها . اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع في نصيبه . عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت القسمة . المقصود بالغير في حكم المادة ١٠ من قانون تنظيم الشهر العقارى " .

(طعن رقم ٧٤٦ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

١٦٩ـ المقصود بالغير :

الغير في هذا المقام كل من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع ، وتم شهره طبقا للقانون،

يستوى أن يكون حقه أصليا أو تبعيا ، كما يستوى أن يكون قد علم بالقسمة بطريق آخر أو لم يعلم ، بل حتى ولو كان قد تواطأ مع أحد المتقاسمين على الإضرار ببقية الشركاء (١).

أما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فإنه لايعتبر غيرا ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة إذ أن حقه في الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى إليها القسمة (م ٢/٨٢٦ مدنى) .

والمشترى لجزء مفرز بعد القسمة لايعتبر من الغير فليس له أن يحتج بعدم تسجيل القسمة ، فإذا اقتسم شريكان أرضا ، واختص كل منهما بجزء مفرز منها ، وقبل تسجيل القسمة باع أحد الشريكين نصيبه المفرز فليس لمشترى هذا النصيب أن يحتج بعدم تسجيل القسمة ، وأن الأرض لاتزال على الشيوع ، وأنه بشرائه النصيب المفرز قد أصبح مالكا على الشيوع (٢).

ويوجد كذلك بجانب الغير بمعناه الفنى شخص أجنبى أصلا عن القسمة (أنظر البند التالى).

ولا يعتبر المستأجر من الغير ، لأنه صاحب حق شخصى لاعينى .

---

(١) أحمد سلامه ص ٤٠٩ .

(٢) السنهورى ص ١٢٨٢ هامش (٢) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الغــير في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هــو مــن تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكا علــى الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة . وأما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فإنه لايعتبر غيرا ولو سبق إلى تسجيل حقــه قــبل أن تسجل القسمة . إذ أن حقه في الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى إليها القسمة وفقا لماهو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدنى من أن التصرف إذا انصب على جزء مفرز من المال الشائع ولو يقع هذا الجــزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه مــن وقت التصرف إلى الجزء الذى اختص به المتصرف بموجب القســمة ، ممــا مفــاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين ويترتب عليها في شأنه ما يترتــب عليها في شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع في نصيبه بموجب القسمة. ومــن ثم فإنه لا يكون لمن اشترى جزءا مفرزا لم يقع في نصيب الــبائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة إلــى ذلــك الجزء طالما أن القسمة وإن كانت لم تسجل تعتبر حجة

علـــيه وترتـــب انـــتقال حقـــه من الجزء المفرز المعقود عليه إلى النصيب الذى اختص به البائع له بموجب تلك القسمة " .

(طعن رقم ٣٦٤ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٤/٢)

٢- " الغـــير في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هـــو مـــن تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكا علـــى الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل القسمة ، وأما من تلقى من أحـــد الشـــركاء حقا مفرزا فإنه لايعتبر غيرا ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل تسجيل القسمة ، إذ أن حقه في الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى إليها القسمة، وذلـــك لمـــا هـــو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدنى من أن التصـــرف إذا انصـــب علـــى جزء من المال الشائع ، ولم يقع هذا الجـــزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه مـــن وقت التصرف إلى الجزء الذى اختص به المتصرف بموجب القســـمة ، ممـــا مفـــاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشـــترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين ، ويترتب عليها في شأنه مـــا يترتـــب علـــيها فـــي شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع، واعتـــبار كـــل متقاســـم مالكا الجزء المفرز الذى وقع في نصيبه بموجـــب القسمة ومن ثم فإنه لا يكون لمن اشترى جزءا مفرزا لم يقع في نصيب البائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصحة عقد

البيع بالنسبة إلى ذلك الجزء ذاته، طالما أن القسمة وإن كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه ، وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه إلى النصيب الذى اختص به البائع بموجب تلك القسمة".

(طعن رقم ٢٩١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/١/٣٠)

٣- " الغير في حكم المادة العاشرة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ في شأن تنظيم الشهر العقارى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة ، وأما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فإنه لايعتبر غيرا ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة ، ومن ثم فإن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين ويترتب عليها في شأنه ما يترتب عليها في شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع في نصيبه بمقتضى القسمة ".

(طعن رقم ٥٩١ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٢/١٢)

٤- " مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهرى العقارى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا

ملكية مفرزة للجزء الذى وقع في نصيبه هو دون غيره من أجزاء العقـــار المقسم وأنه لايحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سـجلت القسمة ، وأن الغير في حكم المادة المذكورة هو من يتلقى حقـا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع وقـام بتسـجيله قـبل تسـجيل سند القسمة ، أما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فإنه لايعتبر غيرا ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسـجل القسمة ، إذ أن حقه في الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى إليها القسمة وذلك لمـا هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدنى من أن التصرف إذا انصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسـمة فـي نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى اختص به المتصرف بموجب القسمة مما مفـاده أن القسـمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفـرزا من أحد المتقاسمين ويترتب عليها فى شأنه ما يترتب عليها فى شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا الجزء المفرز الذى وقع في نصيبه بموجب القسمة " .

(طعن رقم ١٦١ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٩)

٥- " الغـــير في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هــو مـــن تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكا علـــى الشيوع وقام بتسجيله ، قبل تسجيل سند القسمة ، فالمشترى لحصـــة شائعة من أحد الشركاء على الشيوع ، إذا سجل عقده قبل تســجيل عقـــد القسمة ، يعتبر من الغير وبالتالى لايحتج عليه بهذه القســمة . ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن في القسمة التى تجــرى بخصوص هذا العقار، وله أن يطلب إجراء قسمة جديدة ، إذا لم يرتض القسمة التى تمت دون أن يكون طرفا فيها " .

(طعن رقم ١١٥٧ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٤/٢٨)

٦- " قضاء هذه المحكمة قد جرى بأن تسجيل القسمة غير لازم في العلاقة بين المتقاسمين على ما ينص عليه قانون الشهر العقارى، وذلك على خلاف الغير الذى لايحتج عليه بها إلا بالتسجيل وأنه في هذا الصدد يعد غيرا من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مـــازال مملوكـــا علـــى الشـــيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل القسمة ولايعتـــبر المستأجر لقدر من عقار شائع من ثم غيرا لأنه صاحب حق شخصى " .

(طعن رقم ٦١٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/١٢/١٧)

٧- " الغـــير في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى. ماهيـــته . عـــدم اعتبار من تلقى حقا مفرزا من أحد الشركاء غيرا ولـــو سجل حقه قبل تسجيل القسمة . أثره. ليس له أن يطلب الحكم بتثبيـــت ملكيته بالنسبة للجزء المفرز الذى اشتراه طالما أنه لم يقع فى نصيب البائع له بموجب القسمة ولو لم تسجل " .

(طعن رقم ٣١٤ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/٦/٢١ - غير منشور)[١]

١٧٠- يجوز للغير التمسك بالقسمة غير المسجلة :

شـــرع التســـجيل لحماية الغير الذى يحتج عليه بالقسمة ، فهى حمايـــة مقـــررة لصـــالح الغـــير ، ولكنها ليست مفروضة عليه . ومقتضى هذا أنه يجوز للغير أن يتمسك بالقسمة رغم عدم تسجيلها، ولايجوز للمتقاسمين أن يتمسكوا بعدم تسجيل القسمة [٢].

---

(١) وقضى بأن : " قبول طلب شهر المحرر يقتضى إثبات أصل ملكية البائع أو المتصـــرف ولايقبل في إثبات ذلك إلا أوراق معينة منصوص عليها في قانون الشهر العقارى والتوثيق رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، فقد نص في الفقـــرة الأولى من المادة ٢٣ على أنه لايقبل من المحررات فيما يتعلق بإثـــبات أصل الملكية أو الحق العينى وفقا للمادة السابقة إلا المحررات الـــتى ســـبق شهرها ثم أوردت طائفة أخرى من الأوراق ليس من بينها المحـــررات المؤشر بصلاحيتها، وعقود القسمة العرفية اللاحقة لصدور القانون " .

(طعن رقم ٨٨٧ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٨/٢/٢٣)

(٢) الصده ص ٢٤٧ – أحمد سلامه ص ٤٠٩ .

فمن اشترى حصة من عقار شائع وقام بتسجيلها قبل تسجيل القسمة، فإن المتقاسم وإن كان لايستطيع أن يحتج عليه بالقسمة غير المسجلة إلا أن الغير يحق له بالرغم من عدم تسجيل القسمة أن يتمسك بها في مواجهة الشركاء فقد أصبح بشرائه الحصة الشائعة شريكا معهم ، وله أن يعتبر القسمة غير المسجلة نافذة في حقه وفى حق سائر الشركاء .

فإذا كانت هناك أرض شائعة بين مالكين واقتسماها فاختص أحدهما بالقسم الشرقى من الأرض والآخر بالقسم الغربى ولم تسجل القسمة وباع الجار الملاصق للقسم الشرقى أرضه وهذا الجار يعتبر أجنبيا أصلا عن القسمة ، لم يجز للشريك الذى وقع في نصيبه القسم الغربى الأخذ بالشفعة ذلك أن هذا الشريك قد اعتبر بالنسبة إلى الجار الملاصق للقسم الشرقى مالكا ملكية مفرزة للقسم الغربى بالقسمة حتى قبل أن تسجل ، ولم يصبح مالكا للقسم الشرقى الملاصق للعقار المشفوع فيه ، فلم يعد جارا ملاصقا حتى يصح له الأخذ بالشفعة ويستطيع الجار وهو أجنبى أصلا عن القسمة أن يتمسك عليه بالقسمة غير المسجلة [١].

---

(١) السنهورى ص ١٢٨٢ هامش (٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن عـــدم تسجيل عقد القسمة لايمنع غير المتقاسمين من التمسك بحصول القسمة وخروج أحد الشركاء بمقتضاها من الشيوع واســتقلاله بجــزء من العقار وفقدانه تبعا لذلك حق طلب الشفعة. وذلك لأن التسجيل هنا إنما شرع لفائدة الغير صونا لحقوقهم ، فعدم حصوله لايصح أن يعود بضرر عليهم ولا بنفع على من لم يقم به".

(طعن رقم ٣٤ لسنة ١١ق – جلسة ١٩٤٢/١/٢٩)

٢- " جــرى قضـــاء هــذه المحكمة على أن عدم تسجيل عقد القسمة لايمنع غير المتقاسمين من التمسك بحصول القسمة وخروج أحد الشركاء بمقتضاها من حالة الشيوع واستقلاله بجزء من العقار وفقدانه تبعا حق الشفعة ذلك أن التسجيل هنا إنما شرع لفائدة الغير صـــونا لحقوقهم فعدم حصوله لايصح أن يعود بضرر عليهم وبنفع على من لم يقم به " .

(طعن رقم ٩٨ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٣/١٧)

٣- " إن المادة ١٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشـــهر العقـــارى إذ تـــنص على أن " جميع التصرفات والأحكام النهائـــية المقـــررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلـــك تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجـــة على الغير ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان

محلها أموالا موروثة " فإن مؤدى ذلك أنه يجوز للغير اعتبار حالة الشـــيوع لاتزال قائمة طالما أن عقد القسمة أو الحكم المقرر لها لم يسجل وإذ كان التسجيل في هذه الحالة قد شرع لفائدة الغير وصونا لحقـــه فإنـــه يكـــون له أن يرتضى القسمة التى تمت ويعتبر بذلك متنازلا عن هذا الحق الذى شرع لفائدته ".

(طعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٥/٧١/١٩٥٩)

مـــادة (٨٤٤)

١- يضــمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو اســتحقاق لســبب سابق على القسمة ، ويكون كل منهم ملزما بنســبة حصته أن يعوض مستحق الضمان ، على أن تكون العبرة فــي تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة . فإذا كان أحد المتقاسمين معســرا ، وزع القــدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين .

٢- غــير أنــه لا محــل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضــى بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التى نشأ عنها ، ويمتنع الضمان أيضا إذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه .

الشـــرح

١٧١ـ حكمه الضمان فى القسمـة :

يســتند الضمان فى عقد البيع ، إلى أن عقد البيع ناقل للملكية ، فالبائع ينقل ملكية المبيع إلى المشترى فيضمن له ما نقل .

أمـــا القسمة فهى – كما رأينا – ليست ناقلة للملكية وإنما كاشفة لها، ومع ذلك رتب القانون عليها ضمان التعرض والاستحقاق كما رتــبه علــى عقــد البــيع ، وقد تغيا من ذلك كفالة المساواة بين المتقاسمين فبمقتضى القسمة يجب أن يحصل كل شريك على حصة

مفــرزة تقــابل ما كان له في المال الشائع من حصة شائعة . فإن اتضــح أن أحدهم قد تعرض لاستحقاق حصته كلها أو بعضها كان معنى ذلك أنه لم يأخذ نصيبه الكامل في الأموال المشتركة ، الأمر الــذى يقتضــى تعويضــه ، والحقيقة أن المال الذى استحق في يد المتقاســم لــم يكن من الواجب إدخاله في القسمة ، أما وقد أدخله الشــركاء فيها فإن الشريك الذى اختص به يجب أن يعوض لتعود المســاواة والتوازن بين المتقاسمين جميعا ، فالالتزام بالضمان هو تطبيق لمبدأ يجب أن يسود القسمة . وهو مبدأ المساواة [1].

١٧٢ـ العلاقــة بــين أحكـام الضمان فى البيع وأحكام الضمان في القسمة :

وضع المشرع قواعد تفصيلية للضمان في البيع تضمنتها المواد (٤٣٩ مدنــى ومــا بعدهــا) ، بينما لم يرد في شأن الضمان في القسمة سوى نص المادة ٨٤٤ مدنى .

ولذلــك فــإن نــص المادة الأخيرة هو الذى يحكم الضمان في القســمة فإذا خلا من تنظيم وضع معين تعين الرجوع في ذلك إلى الأحكــام الــتى تــنظم الضمان في البيع ، بشرط ألا تتعارض مع

---

(١) عــبد المــنعم الــبدراوى ص ١٩٤ –الدكتور نبيل سعد الحقوق العينية الأصلية ص ١٩٦ .

طبـــيعة القسمة باعتبارها كاشفة للملكية من ناحية وباعتبارها تكفل المساواة بين المتقاسمين من ناحية أخرى [١].

(١) اسماعيل غانم ص ٢٥٨ – أحمد سلامة ص ٤٢٠ ومابعدها .

وقـــد قضـــت محكمة النقض في ظل التقنين السابق الذى كان خاليا من الـــنص على ضمان المتقاسم ، بأن القواعد التى تحكم ضمان البائع هى التى تحكم ضمان المتقاسم .

(نقض ١٠/١٠/١٩٤٦ – منشور ببند ٤٠٧)

الشـــروط الواجـــب توافـــرها لقيام ضمـــان التعرض والاستحقـــاق

١٧٣ـ الشرط الأول : وقـوع تعرض أو استحقاق :

يجب وقوع تعرض أو استحقاق .

فمجــرد خشـــية وقوع التعرض أو الاستحقاق لا تكفى لتحريك الضمان [١].

كما لا يكفى أن تكون هناك عيوب خفية في المال المفرز الذى وقـــع في نصيب المتقاسم لأن القانون لم يوجب في القسمة ضمانا للعـــيوب الخفية كما أوجب في البيع ، ويرجع ذلك إلى وجود فرق جوهـــرى بين البيع والقسمة ، إذ ليس هناك ما يلجئ المشترى إلى قـــبول مبيع معيب . أما الشىء الشائع فلا بد أن تشمله القسمة ولو كان معيبا فيقع في نصيب أحد المتقاسمين على أى حال، واكتشاف هـــذا العيـــب لايعـــنى سوى أن المال الذى آل إلى المتقاسم قد قوم

---

(١) ولايكون أمام المتقاسم إلا أحد أمرين الأول : أن يحبس الثمن أو المعدل حتى يزول الخطر – ما لم يمنعه عن ذلك شرط فى العقد – وذلك قياسا علـــى حكم المادة ٢/٤٥٧ مدنى الواردة بخصوص البيع . والثانى : أن يســـلم للغـــير بحقـــه فيقع الاستحقاق ويتوافر الشرط الأول ، ولكن هذا التســـليم يقـــع تحـــت مسئوليته (أحمد سلامه ص ٤٢١ هامش (٢) – منصور مصطفى منصور ص ٢٢٣) .

بأكثر من قيمته ولذلك لا يكون له إلا أن يرجع على سائر المتقاسمين بنقض القسمة بسبب الغبن إذا كان الغبن يزيد على الخمس طبقا لنص المادة ٨٤٥ مدنى ، ومن المقرر أن نقض القسمة بسبب الغبن مقصور فقط على القسمة الحاصلة بالتراضى دون القسمة القضائية ، ولا غرابة في ذلك فإن المشرع قد أسقط ضمان العيوب الخفية ذاته في البيوع القضائية (م ٤٥٤ مدنى).

والمادة ٨٤٤ تتناول التعرض والاستحقاق الصادرين من الغير لا المتقاسم .

فإذا كان التعرض أو الاستحقاق صادرا من الغير طبق حكم المادة المذكورة .

وتعرض الغير الذى يضمنه المتقاسم هو التعرض القانونى إذ أن المتقاسم شأنه في ذلك شأن البائع لايضمن التعرض المادى الصادر من الغير [1].

والتعرض القانونى هو الإدعاء بحق سواء كان هذا الحق هو حق الملكية أو كان حقا عينيا آخر كالانتفاع أو الرهن أو كان حقا

---

(١) توفيق فرج ص ٣٧٠ – فإذا قام الغير بأى فعل مادى يخل بانتفاع المتقاسم بما اختص به في القسمة كاغتصاب العين ، فلا يسأل عن ذلك المتقاسمون الآخرون وعلى من وقع عليه التعرض أن يحمى حقه بالوسائل التى يخولها له القانون .

شخصـــيا بشرط أن يكون نافذا في مواجهة المتقاسم الذى وقع عليه التعرض ويكون من شأنه أن ينتقص من قيمة المال الذى اختص به، كمـــا لـــو تبيـــن أن العين التى اختص بها في القسمة مؤجرة من المورث بأجر يقل عن أجر المثل .

ويجـــب بطـــريق القـــياس تطبيق القاعدة المنصوص عليها في المـــادة ٢/٤٤٥ مدنـــى بخصوص البيع ، فلا يضمن المتقاسم حق الارتفاق إذا كان هذا الحق ظاهرا أو كان قد أشير إليه فى القسمة.

ولمـــا كـــان الـــرأى السائد في البيع يقيس على الارتفاق سائر التكاليف فكذلك فى القسمة .

وعلـــى ذلك فإنه في المثل السابق الذى تكون فيه العين مؤجرة بـــأقل من أجر المثل لا يكون للمتقاسم الرجوع إلا إذا كانت القسمة أو أوراق أخـــرى كمراسلات المتقاسمين قد خلت من الإشارة إلى عقد الإيجار [١].

وقـــد يكـــون الـــتعرض عن طريق رفع دعوى للمطالبة بالحق المدعـــى بـــه - وهذا هو الغالب - إلا أنه قد يقع دون رفع دعوى كأن يعتقد المتقاسم أن الغير على حق فيما يدعيه فيقوم بشراء العين المدعـــى بالحق عليها من مالكها الذى يتعرض ، أو يسلم المتقاسم للمـــتعرض بما يدعيه أو يصالحه عليه . ولكن للمتقاسمين المدينين

---

(١) اسماعيل غانم ص ٢٥٩ - منصور مصطفى منصور ص ٢٢٣ .

بالضمان في هذه الحالة أن يثبتوا أن الغير لم يكن على حق فيما يدعيه على خلاف ما ادعاه المتقاسم وعندئذ يفقد الأخير حقه في الرجوع بالضمان .

أما الاستحقاق فيتم بالحكم للأجنبى بملكية حصة المتقاسم الدائن بالضمان كلها أو باستحقاقه لجزء منها [١].

أما إذا وقع التعرض من أحد المتقاسمين فإنه يتعين التفرقة بين التعرض المادى والتعرض القانونى .

فإذا كان التعرض ماديا امتنع على المتقاسم التعرض المادى لمتقاسم آخر ، وهذا بالتطبيق للقواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ١/١٤٨ مدنى التى تقضى بأنه : " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريق تتفق مع ما يوجبه حسن النية " ، فإذا كان في الأموال الشائعة متجر وقع مفرزا في نصيب أحد المتقاسمين لم يجز لمتقاسم آخر أن يتعرض تعرضا ماديا للمتقاسم الذى وقع في نصيبه المتجر ، فيقيم متجرا آخر ينافسه ويعمل على ضرب عملاء المتجر الأول [٢].

أما إذا كان التعرض قانونيا ، كأن كان أحد الأموال التى شملتها القسمة ملكا لأحد المتقاسمين فوقعت في نصيب متقاسم آخر ، فقد

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٤٨ .

(٢) السنهورى ص ١٢٩١ .

انقسم الرأى بشأنه فذهب رأى إلىعدم إلزام المتقاسم بعدم التعرض، إذ يجوز لهذا المتقاسم أن يسترد العين من المتقاسم الآخر ولا يمنعه من ذلك التزام بالضمان ذلك أن القسمة كاشفة عن الحق لا ناقلة له، والمالك للعين لم ينقل ملكيتها للمتقاسم الآخر، فليس عليه التزام بالضمان . وإنما يجوز في هذه الحالة إبطال القسمة للغلط كما يجوز بعد أن يسترد المالك العين المملوكة له أن يطلب المتقاسم الذى وقعت هذه العين في نصيبه نقض القسمة للغبن إذا توافرت شروطه أو يرجع بضمان الاستحقاق – على النحو الذى سيرد تفصيله – وهذه الأحكام عينها هى التى يجب تطبيقها حتى إذا وقعت العين في نصيب المتقاسم نفسه الذى يملكها ملكا خاصا، فإن لهذا المتقاسم أن يرجع بضمان الاستحقاق على المتقاسمين معه ، كما له أن يطلب إبطال القسمة للغلط أو نقضها للغبن [١].

وذهب رأى آخر – نؤيده– إلى أن المتقاسم يلتزم بعدم التعرض القانونى . وأن القول بعدم التزامه يتعارض مع القسمة التى وافق عليها ، وتكون وسيلة هذا المتقاسم لاسترداد ماله أن يطعن في القسمة بالغلط فيبطلها فيترتب على إبطالها أن يعود إليه ماله [٢].

---

(١) السنهورى ص ١٢٩١– اسماعيل غانم ص ٢٦٧ .

(٢) أحمد سلامه ص ٤٢٣ – منصور مصطفى منصور ص ٢٢٩ .

والضـــمان واجــب فـــى المـــنقول كما هو واجب في العقار، فالمتقاســـمون يضمنون لبعضهم وجود الحق الذى وقع في نصيب بعضهم وكذلك فإنه واجب سواء أحصلت القسمة وديا أوقضائيا (١).

١٧٤ـ الشــرط الــثانى : ألا يكــون الاســتحقاق راجعــا إلى خطــأ المتقاسم نفسه :

رغــم أن القواعد العامة توجب هذا الشرط إلا أن المشرع نص علــيه صراحة في عجز الفقرة الثانية من المادة ٨٤٤ مدنى . فإذا كــان الاســـتحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه وجب أن يتحمل المتقاسم وحده نتيجة خطئه ولا يسأل عنها إلا نفسه .

ورغــم أن المــادة قــررت امتناع الضمان إذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم(نفسه)، إلا إننا نؤيد ما ذهب إليه البعض(٢) مــن أن كلمـــة (نفســـه) ليست أكثر من طريقة للتعبير ، بمعنى أن امتناع الضمان يتأتى أيضا لو كان الخطأ الذى أدى إلى الاستحقاق قــد صدر من شخص يسأل المتقاسم عن فعله، أو شخص ينفذ فعله فـــي حق المتقاسم . ومن أمثلة الحالات التى يكون فيها الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم ما يلى :

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١٦٧ .

(٢) أحمد سلامه ص ٤٢٤ .

١- أن تكون العين التى وقعت فى نصيب المتقاسم ، في حيازة آخر لم يستكمل مدة التقادم ، وأهمل المتقاسم في قطع المدة واسترداد العين حتى اكتملت مدة التقادم وأصبحت العين مملوكة للحائز [١].

وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : " ويسقط الضمان كذلك إذا كان سببه راجعا إلى خطأ المتقاسم ، كأن أهمل في قطع التقادم " [٢].

٢- أن يسلم المتقاسم الدائن بالضمان بما يدعيه الغير من حقوق وقام باقى المتقاسمين بإثبات أن هذا الغير لم يكن على حق فيما يَدعيه [٣].

٣- إذا رفع الغيرعلى المتقاسم الدائن بالضمان دعوى استحقاق فلم يخطر باقى المتقاسمين بالدعوى فى الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى ، وقام باقى المتقاسمين بإثبات أنهم لو أخطروا وتدخلوا في الدعوى لأدى تدخلهم إلى رفض الدعوى .

وقد قيس هذا الفرض على الفرض المنصوص عليه صراحة فى ضمان الاستحقاق فى البيع، إذ تنص المادة ٣/٤٤٠ مدنى على

---

(١) السنهورى ص ١٢٩٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ١٢٨ .

(٣) أحمد سلامه ص ٢٢٤ .

مـا يـأتى : " وإذا لـم يخطر المشترى البائع بالدعوى في الوقت الملائـم وصـدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى ، فقد حقه في الـرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق " .

٤- أن يمنح المتقاسم الدائن المدين أجلا وتعرض بذلك لضياع حقه بسبب إعسار المدين خلال الأجل الذى منحه إياه .

١٧٥ـ الشـرط الثالـث : أن يكـون الـتعرض أو الاستحقاق لسبب سابق على القسمة :

يقتضى هذا الشرط أن يكون الحق الذى يدعيه الغير على العين التى آلت إلى المتقاسم الدائن بالضمان ، قد نشأ قبل وقوع القسمة.

فلا يقوم الضمان إذا نزعت ملكية العين من يد المتقاسم للمنفعة العامـة بعـد القسمة ، أو إذا اكتملت مدة التقادم المكسب لمصلحة الغير بعد وقوع القسمة بوقت كاف ، ذلك أنه إذا لم يكن هذا الوقت كافـيا لاكتشاف المتقاسم للتقادم والقيام بإجراء لقطعه فإن اعتبارات العدالة والمساواة بين المتقاسمين تقتضى القول بأن الاستحقاق يعتبر سابقا على القسمة [1].

أمـا إذا كان الحائز قد استكمل مدة التقادم قبل القسمة فصارت العين مملوكة له قبل أن تقع بالقسمة فى نصيب المتقاسم فإن ضمان

---

(١) السنهورى ص ١٢٩٣ – **أحمد** سلامه ص ٤٢٣ ومابعدها .

الاســتحقاق يقوم في هذا الفرض لأن سبب الاستحقاق وهو التملك بالـتقادم قد تحقق قبل القسمة ، فكان الاستحقاق راجعا لسبب سابق على القسمة (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لايضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما يقع من تعرض أو اســتحقاق إلا فــيما كــان منهما لسبب سابق على القسمة ، فيمتنع الضمان إذا كان التعرض أو الاستحقاق لسبب لاحق للقسمة " .

(طعن رقم ٢٥٦ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٤/٢٦)

٢- " من المقرر وفقا لنص المادة ٨٤٤ من القانون المدنى أن المتقاســمين يضــمنون بعضــهم البعض ما قد يقع من تعرض أو اســتحقاق لسبب سابق على القسمة ذلك لأن ضمان التعرض يقوم علــى أساس أن القسمة تقضى المساواة التامة بين المتقاسمين فإذا وقــع لأحدهم تعرض أو استحقاق فقد انتقلت هذه المساواة ووجب الضــمان ، ومــن المقــرر أيضا أن تسجيل القسمة غير لازم في العلاقة بين المتقاسمين " .

(طعن رقم ٨٤٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٣/١٢)

---

(١) السنهورى ص ١٢٩٣ .

١٧٦ـ الشرط الرابع : ألا يوجد شرط صريح يعفى من الضمان :

فـــلا يكفى لإسقاط الضمان وجود شرط ضمنى على الإسقاط ، ومن باب أولى لا يكفى أن يكون المتقاسم على علم بالسبب الذى قد يؤدى إلى الاستحقاق .

كمـــا لا يكفى لتوافر الإعفاء من الضمان أن يكون هناك شرط عام يعفى من الضمان كما هو الحكم في البيع[1] حيث يكفى الاتفاق على الإعفاء من الضمان بشرط عام أى لايقتصر على سبب معين أو نـــوع معين . بل يجب لذلك أن يكون هناك اتفاق يذكر صراحة

---

(١) وذلـــك علـــى عكـــس الحال في التقنين المدنى القديم فقد قضت محكمة الـــنقض بـــأن: " القواعـــد التى تحكم ضمان البائع هى التى تحكم ضمان المتقاســـم . وعلى ذلك فالمتقاسم الذى يعلم وقت القسمة أن ما اختص به فـــيها مهدد بخطر الاستحقاق لسبب أحيط به علما من طريق من تقاسم معه أو من أى طريق آخر لايسوغ له ، في حالة الاستحقاق ، أن يرجع علـــى قسيمه إلا بقيمة ما استحق وقت القسمة ، لأن تعيين قيمة الأموال المستحقة في عقد القسمة يقابل تعيين الثمن في عقد البيع ، والمقرر في أحكام عقد البيع، على ما يستفاد من نص المادة ٢٦٥ من القانون المدنى، أن الـــبائع لايضـــمن سوى الثمن متى كان المشترى عالما وقت الشراء بســـبب الاســـتحقاق وأنه مع هذا العلم لا حاجة إلى شرط عدم الضمان ليمتـــنع علـــى المشـــترى الـــرجوع على البائع بأى تعويض في حالة الاستحقاق ".

(طعن رقم ١٢٠ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١٠/١٠)

سبب الاستحقاق الذى يراد الإعفاء من الضمان في شأنه . ويرجع هـذا التشدد من جانب الشارع إلى حرصه على أن تتحقق المساواة بيـن المتقاسمين بقدر الإمكان . ولايشترط أن يرد الشرط الصريح بالإعفـاء من الضمان في سند القسمة ذاته ، بل يصح أن يكون في ورقة مستقلة أو في مكاتبات متبادلة بين المتقاسمين [١].

وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٤٤ يشترط أن يكون الإعفـاء مـن الضـمان واردا في سند القسمة ذاته ، إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذا الشرط [٢].

ولايحـول سـقوط الضـمان دون طلب نقض القسمة للغبن إذا كانت شروطه متوافرة .

وقـد قضت محكمة النقض بتاريخ أول أبريل سنة ١٩٧٥ في الطعن رقم ٥١ لسنة ٤٠ق بأن :

" مفـاد نـص المادة ٢/٨٤٤ من القانون المدنى ، أنه لا محل للضمان في القسمة إذا وجد شرط صريح في العقد يقضى بالإعفاء مـن الضمان وذكر في هذا الشرط سبب الاستحقاق بالذات المراد الإعفاء من ضمانه ".

---

(١) السنهورى ص ١٢٩٧ وما بعدها – اسماعيل غانم ص ٢٦٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٢٥ ومابعدها .

١٧٧ـ أحكام الضمان لاتتعلق بالنظام العام :

أحكـــام الضمان في القسمة وكذلك البيع لاتتعلق بالنظام العام. ومـــن ثـــم فإنـــه يجوز الاتفاق على تعديلها بالزيادة أو النقص أو الإسقاط .

فقـــد نصت المادة ٤٤٥ مدنى فيما يتعلق بضمان الاستحقاق في البيع على أن :

" يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق، أو أن ينقصا منه ، أو يسقطا هذا الضمان .

ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهرا أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى .

ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبى " .

ومـــثل الاتفـــاق على زيادة الضمان اشتراط ضمان نزع ملكية العين بعد القسمة واشتراط ضمان يسار المدين عند الوفاء .

ومـــثل الاتفاق على إنقاص الضمان اشتراط عدم ضمان حقوق الارتفاق .

ويقـــع بـــاطلا كـــل شـــرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان المتقاســمون قـــد تعمـــدوا إخفاء حق الارتفاق ذلك أنهم يكونون قد ارتكـــبوا غشـــا واشـــترطوا عدم مسئوليتهم عنه ، ولا يجوز طبقا

للقواعـــد العامـــة اشتراط عدم المسئولية عن الغش حتى ولو كانت المسئولية عادية [١].

ويفـــترض فـــي حق الارتفاق أن المتقاسمين قد اشترطوا عدم الضـــمان إذا كـــان هذا الحق ظاهرا ، أو كان المتقاسمون قد أبانوا عـــنه للمتقاسم الدائن بالضمان ، فيكفى إذن أن يكون المتقاسم عالما بحق ارتفاق قائم على العقار ويكون علمه آتيا من طريق هذا الحق أو الإبانـــة عـــنه حتى يكون هذا العلم بمثابة شرط بعدم الضمان ، وكان الأصل أن هذا العلم وحده لايكفى [٢].

الآثار التى تترتب على الضمان

١٧٨ـ المبدأ الذى يحكم آثار الضمان :

لـــم يعـــرض الشارع لواجب المتقاسم الذى يحصل له التعرض وبـــاقى المتقاسمين الذين يلتزمون بالضمان . ومن ثم يجب تطبيق القواعـــد التى وضعها بخصوص عقد البيع مع مراعاة عدم تطبيق الأحكام التى لاتتفق وطبيعة القسمة على نحو ما أوضحناه سلفا.

---

(١) السنهورى ص ١٢٩٦ – اسماعيل غانم ص ٢٦٣.

(٢) السنهورى ص ١٢٩٦ .

وعلـــى ذلـــك إذا قـــام المتقاســـم الدائن بالضمان بإخطار باقى الشـــركاء بـــالدعوى المرفوعة عليه في وقت ملائم ، فتدخلوا في الدعوى وحكم برفض ادعاء المتعرض فيكون الالتزام بالضمان قد نفذ عينا ولا محل لضمان الاستحقاق ، وإن حكم باستحقاق للمدعى وجب عليهم ضمان الاستحقاق.

وعلى ضوء ما تقدم نعرض في البند التالى للأحوال التى يرجع فيها المتقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان .

١٧٩ـ الأحـوال الـتى يـرجع فيها المتقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان :

يكون للمتقاسم الدائن بالضمان إذا استحقت العين التى آلت إليه الرجوع على باقى المتقاسمين بالضمان في الحالات الآتية :

١- إذا قـــام المتقاســـم الدائن بإخطار باقى المتقاسمين بدعوى الاســـتحقاق فـــي وقـــت ملائم [١]، ولم يتدخلوا في الدعوى وحكم بالاستحقاق للمدعى ، ولم يثبتوا أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس من المتقاسم الدائن أو نتيجة خطأ جسيم منه .

وفـــى هذا تنص المادة ٤٤٠ مدنى على أنه : " إذا رفعت على المشـــترى دعـــوى باستحقاق المبيع وأخطر بها البائع ، كان على

---

(١) وليس للإخطار شكل خاص ، فيصح أن يكون شفهيا ، ويقع عبء إثبات حصوله على الدائن مستحق الضمان .

البائع بحسب الأحوال ووفقا لقانون المرافعات أن يتدخل فى الدعوى إلى جانب المشترى أو أن يحل فيها محله .

فإذا تم الإخطار في الوقت الملائم ولم يتدخل البائع في الدعوى، وجب عليه الضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر فى الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشترى أو لخطأ جسيم منه " .

٢- إذا قام المتقاسم الدائن بالضمان بإخطار باقى المقتاسمين بدعوى الاستحقاق فلم يتدخلوا في الدعوى ، وأقر المتقاسم الدائن وهو حسن النية للأجنبى بحقه أو تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظرفى ذلك صدور حكم قضائى ، ولم يستطع باقى المتقاسمين إثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه .

وفى هذا تقضى المادة ٤٤١ مدنى بأن : " يثبت حق المشترى فى الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبى بحقه أو تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائى متى كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبى لم يكن على حق في دعواه " .

٣- إذا لم يخطر المتقاسم الدائن بالضمان باقى المتقاسمين بدعوى الاستحقاق ، وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى، ولم يثبت باقى المتقاسمين أن تدخلهم كان يؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق .

وفـــي هـــذا تقضي المادة ٣/٤٤٠ مدنى بأن : " وإذا لم يخطر المشـــترى البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى فقد حقه في الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق " .

٥- إذا ســـلم المتقاســـم للمـــتعرض بحقه دون دعوى يرفعها المــتعرض ، ولم يثبت باقي المتقاسمين أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه [١].

١٨٠- قيمة الضمان المستحق للمتقاسم الدائن بالضمان :

تــتحدد قيمة الضمان المستحق للمتقاسم الدائن بالضمان ، على ضوء حالات ثلاث :

الأولى : أن يحكم للمتعرض بالاستحقاق الكلي .

الثانية : أن يحكم للمتعرض بالاستحقاق الجزئي .

الثالـــثة : أن يكـــون المتقاسم الدائن بالضمان قد توقى الضمان بدفع مبلغ من النقود أو شيء آخر في مقابل حصته .

ونعرض لهذه الحالات فيما يأتى :

١٨١- (أ)- حالة الحكم بالاستحقاق الكلى :

فيهـــذا الفـــرض ينجح المتعرض في إثبات ملكيته للعين التي وقعت في نصيب المتقاسم الدائن بالضمان وفي استردادها من تحت

---

(١) السنهورى ص١٢٩٨ ومابعدها- منصور مصطفى منصور ص ٢٢٥ .

يـــد المتقاسم . ويكون للمتقاسم الدائن بالضمان الرجوع على باقى المتقاسمين بالتعويض .

ونظرا لأن المادة ٨٤٤ لم تفصل عناصر التعويض، فإنه يرجع في هذا الشأن إلى نص المادة ٤٤٣ بحسبانها تتضمن القاعدة العامة في هذا الشأن .

وهذه المادة تنص على عنصرين للتعويض :

الأول : قيمة العين :

المادة٤٤٣ وإن حددت هذه القيمة بقيمة المبيع وقت الاستحقاق، إلا أن المــادة ٨٤٤ حددتها صراحة بقيمتها يوم القسمة . فتكون قد خرجت في هذا الشأن عن حكم المادة ٤٤٣ .

وسبب الخلاف بين البيع والقسمة في هذا الشأن ، يرجع إلى ما بيـــنهما من فرق ، فالبيع عقد مضاربة يعرض المشترى للكسب أو الخسارة ، ومن ثم يستحق قيمة المبيع وقت الاستحقاق لا وقت البيع فإن زادت القيمة ربح وإن قلت خسر وطبيعة عقد البيع تسمح بذلك، أمـــا القسمة فهى عقد مساواة تامة وليس فيها شبهة المضاربة ومن ثم تتحدد قيمة العين وقت القسمة حتى لايفيد المتقاسم ولايضار من الاستحقاق (١).

---

(١) الســـنهورى ص ١٣٠٠ ومابعدها – أحمد سلامه ص ٤٢٨ – اسماعيل غانم ص ٢٦٤ .

وبعد أن تحدد قيمة العين وقت القسمة فإن هذه القيمة تقسم طبقا لمـا نصـت عليه المادة ١/٨٤٤ مدنى من أنه : " ... ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان .... فإن كان أحـد المسـتحقين معسـرا ، وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين " .

ومن ثم فإن قيمة العين توزع على جميع المتقاسمين – بما فيهم مستحق الضمان – فيكون لهذا المستحق أن يرجع على زملائه كل بحسـب حصـته بعـد أن يتحمل هو نصيبا من قيمة العين بحسب حصته ، فإذا كان أحد الشركاء المتقاسمين معسرا قسم نصيبه على مـن لـم يعسر بما فيهم مستحق الضمان ، ويكون لهذا الأخير أن يقتضـى من كل زميل نصيبه في قيمة العين التى استحقت مضافا إلـيه نصـيبه في حصة من أعسر ، ويتحمل هو بدوره نصيبه في العين ونصيب في حصة من أعسر [١].

الثانى : ملحقات قيمة العين :

نصت المادة ٤٤٣ مدنى على أنه :

" إذا استحق كل المبيع كان للمشترى أن يطلب من البائع :

١- قـيمة المبـيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت .

---

(١) أحمد سلامه ص ٤٢٨ .

٢- قيمة الثمار التى ألزم المشترى بردها لمن استحق المبيع.

٣- المصــــروفات النافعة التى لايستطيع المشترى أن يلزم بها المستحق وكل المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية .

٤- جمـــيع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا مـــا كـــان المشترى يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقا للمادة ٤٤٠ .

٥- وبوجـــه عام ، تعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

كـــل هـــذا ما لم يكن رجوع المشترى مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله ".

وعلى ذلك تشمل ملحقات قيمة العين التى يلتزم بها المتقاسمون الآخرون بأدائها إلى المتقاسم الدائن بالضمان ما يأتى :

١- الفوائد القانونية لقيمة العين المستحقة وقت القسمة .

٢- قـــيمة الثمار التى ألزم المتقاسم الدائن بالضمان بردها لمن استحق المبيع .

٣- المصروفات النافعة التى لايستطيع المتقاسم الدائن بالضمان أن يلـــزم بهـــا المســـتحق والمصـــروفات الكمالـــية إذا كان باقى المتقاسمين سيئى النية .

وواضح أن المادة لم تنص على المصروفات الضرورية، وهى المصروفات اللازمة لحفظ العين وصيانتها ، لأن هذه المصروفات يلـــتزم بهـــا المســـتحق فـــى جمـــيع الأحوال أى سواء كان باقى المتقاســـمين حسنى النية أم سيئى النية عملا بالمادة ١/٩٨٠ مدنى الـــتى تقضى بأن : " على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية " .

أما المصروفات النافعة كإقامة طابق جديد بمنزل أو استصلاح أرض بـــور ، فإنه يسرى فى شأنها أحكام المواد ٢/٩٨٠، ٩٢٤ ، ٩٢٥ مدنى .

فقـــد نصت المادة ٢/٩٨٠ على أن : " أما المصروفات النافعة فيسرى فى شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ ، ٩٢٥ " .

ونصت المادة ٩٢٤ على أنه : " إذا أقام شخص بمواد من عنده منشـــآت علـــى أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع الـــتعويض إن كان له وجه وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فـــيه بإقامة المنشآت أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو دفع مبلغ يساوى مازاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت .

ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لايلحق بـــالأرض ضــــررا ، إلا إذا اخـــتار صـــاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقا لأحكام الفقرة السابقة " .

ونصت المادة ٩٢٥ على أنه: " إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها فى المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامتها ، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة ، وإنما يخير بين أن يدفع قـــيمة المـــواد وأجـــرة العمال أو يدفع مبلغا يساوى مازاد فى ثمن الأرض بســـبب هـــذه المنشآت ، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها .

إلا أنـــه إذا كـــان المنشـــآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صـــاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها ، كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعوض عادل " .

وتطبـــيق المواد سالفة الذكر يؤدى إلى تحمل المتقاسم مستحق الضـــمان بعد أن يسترد من المستحق المبلغ الذى يسمح به القانون علـــى نحـــو مـــا ذكر ، خسارة هى الفرق بين قيمة ما أقامه وقت الاستحقاق والمبلغ الذى استرده من المستحق، وهذه الخسارة يرجع بها المتقاسم مستحق الضمان على باقى المتقاسمين .

أما المصروفات الكمالية فقد ألزم النص بها باقى المتقاسمين إذا كانوا سيئ النية أى إذا كانوا عالمين وقت القسمة بسبب الاستحقاق،

لأن المدين في المسئولية التعاقدية لايسأل عن الضرر غير متوقع الحصول ، ويمكن اعتبار المصروفات الكمالية أمرا غير متوقع. فإذا كان البائع سيئ النية أى كان يعلم بحق الأجنبى فيسأل فى هذه الحالة عن الضرر، ولو كان غير متوقع ويحق للمتقاسم إذن أن يرجع عليه بالمصروفات الكمالية (١).

ومن أمثلة المصروفات الكمالية نفقات المصعد إذا كان المألوف فى مثل العقار المتقاسم فيه – حتى ولو بعد بناء طبقة جديدة – ألا يكون فيه مصعد وأن العقار ليس فى أية حاجة إليه ، وكذا فإن مصاريف دهان الحيطان وزخرفتها فى الغالب مصاريف كمالية .

٤- مصاريف دعوى الاستحقاق التى حكم بها على المتقاسم الدائن بالضمان بعد أن خسر الدعوى ، ومصاريف دعوى ضمان الاستحقاق التى رفعها الأخير على باقى المتقاسمين ، ولكن لايحق له الرجوع عليهم بالمصروفات التى كان يستطيع أن يتقيها لو أنه أخطر باقى المتقاسمين بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم ، لأن هذه المصروفات كانت نتيجة تقصير وخطأ منه .

ويقع على عاتق باقى المتقاسمين عبء إثبات أنه كان من الممكن اتقاء هذه المصاريف لو تم اخطارهم فى الوقت المناسب .

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى عن المادة ٤٤٣ مدنى – مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٩٦.

كما تشمل هذه المصاريف ما أنفقه المتقاسم الدائن بالضمان فى الحصــول علــى مســتندات تفــيده فــى الدعوى إذا ثبت أن هذه المستندات كانت موجودة لدى باقي المتقاسمين (١).

٥- وبوجه عام يعوض مستحق الضمان عما لحقه من خسارة . غــير أنه لايجوز له أن يطلب التعويض عما فاته من كسب ، كما هــو الشــأن فى المشترى عملا بالمادة سالفة الذكر ، لأن القسمة ليست من عقود المعاوضة مثل البيع ، كما أنها كاشفة فالمتقاسمون لــم يلتزموا فيما بينهم بنقل ما أفرز لكل متقاسم حتى يقال أن هناك إخــلالا بالتزام يقتضى تعويض الدائن عما لحقه من خسارة أو فاته مــن كسب . ومن ثم لو ترتب على الاستحقاق فوات صفقة رابحة على مستحق الضمان فإنه لايعوض عنها (٢).

١٨٢- (ب)- حالة الحكم بالاستحقاق الجزئى :

تنص المادة ٤٤٤ مدنى على أنه : " إذا استحق بعض المبيع أو وجــد مثقلا بتكليف وكانت خسارة المشترى قد بلغت قدرا لو علمه لمــا أتــم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة فى المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أفاده منه .

---

(١) الدكــتور عــبد الــودود يحيى دروس فى العقود المسماة البيع والتأمين ١٩٧٨ ص ١٣١ .

(٢) السنهورى ص ١٣٠١ ومابعدها- أحمد سلامه ص ٤٢٩ وهامش (١)- اسماعيل غانم ص ٢٦٥- وقارن منصور مصطفى منصور ص ٢٢٧ ومابعدها إذ يرى التسوية بين ضمان البائع وضمان المتقاسمين .

فـإذا اخـتار المشترى استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التى لحقـته لـم تبلغ القدر المبين فى الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق ".

وقـد ذهب الدكتور السنهورى إلى أنه يصعب فتح باب الخيار للمتقاسم على النحو الوارد بالمادة بشأن البيع ، وهو رد ما بقى من المبيع إلى البائع أو استبقائه لأن المتقاسمين لم ينقلوا له ملكية حتى يضمنوها على الوجه المبين فى النص ، هذا إلى أن رد الباقى من العيـن معـناه فسـخ القسمة وإجراء قسمة جديدة ، وهذا أمر غير مـرغوب فيه إلا للضرورة ، ومن ثم يرى – بحق – الاقتصار فى الاستحقاق الجزئى فى القسمة على التعويض وأن ليس للمتقاسم أن يرد ما بقى من العين (١).

ومـن أمثلة حالات الحكم بالاستحقاق الجزئى ، استحقاق جزء من العين ذاتها أو ترتيب حق انتفاع أو ارتفاق على العين .

وفى حالات الاستحقاق الجزئى يرجع المتقاسم الدائن بالضمان علـى بقـية الشـركاء طبقا للتفصيل الذى ذكرناه فى حالة الحكم بالاسـتحقاق الكلـى . فهو يرجع عما أصابه من خسارة دون نظر إلىما فاته من كسب، مع تحديد قيمة العين بالنظر إلى وقت القسمة، ومـع تحمله نصيبا فى التعويض ونصيبا فى حصة من أعسر بقدر حصته .

---

(١) السنهورى ص ١٣٠٢.

١٨٣- (ج) - حالة توقى المتقاسم الدائن بالضمان استحقاق النصيب الذى آل إليه كله أو بعضه :

تنص المادة ٤٤٢ مدنى على أنه : " إذا توقى المشترى استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات ".

وهذا الحكم ينطبق بطريق القياس على القسمة بل أن القسمة أولى من البيع بالإبقاء عليها عن هذا الطريق الميسر (١).

فقد يتوقى المتقاسم الدائن بالضمان استحقاق النصيب الذى آل إليه فى القسمة استحقاقا كليا أو جزئيا بأن يتفق مع المتعرض على أن يدفع له بدلا من النصيب الذى آل إليه كله أو بعضه مبلغا من النقود أو أى شيء آخر . وفى هذه الحالة يكون لباقى المتقاسمين التخلص من نتائج الضمان بأن يردوا إلى المتقاسم الدائن بالضمان المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات، وذلك بعد خصم نصيب الأخير فى ذلك كله بقدر حصته ، إعمالا لمبدأ المساواة فى القسمة (٢).

---

(١) السنهورى ص ١٣٠٤ – أحمد سلامه ص ٤٢٧ .

(٢) أحمد سلامه ص ٤٢٧ .

وبداهـــة يعزف المتقاسمون عن استعمال هذه الرخصة إذا تبين لهـــم أن المبالغ التى سيردونها للمتقاسم الدائن بالضمان تزيد على المبالغ التى يلتزمون بها وفقا لأحكام الضمان .

ويســـتطيع الدائــن المســتحق للضـــمان الـــرجوع على باقى المتقاسمين بما توفى به استحقاق النصيب الذى آل إليه ، سواء كان قـــد أخطرهم بدعوى المتعرض أو لم يخطرهم ، وسواء تدخلوا فى الدعوى أو لم يتدخلوا ، ولكن يفترض أن يكون باقى المتقاسمين قد أفـــادوا من فعل المتقاسم الدائن بالضمان ، فإذا كانوا لم يفيدوا من ذلـــك كـــأن أثبتوا أن دعوى المتعرض كانت سترفض ، فلا يمكن القول فى هذه الحالة أن المتقاسم توفى الاستحقاق ، وبالتالى لايلتزم باقى المتقاسمين بأن يردوا له ما دفعه للمتعرض (١).

ويجـــوز أن يكون الاتفاق الذى تم بين المتقاسم الدائن بالضمان والمـــتعرض صلحا دون دفع مبلغ من النقود ، فقد يكون للمستحق حـــق ارتفـــاق للعيـــن ينكره المتعرض ، فيتفق مع المتقاسم الدائن بالضـــمان علـــى أن يكف عن إنكاره فى نظير ترتيب حق ارتفاق مقـــابل لعقار المتعرض على العين. وفى هذه الحالة لايتخلص باقى المتقاســـمين من الضمان إلا بدفعهم قيمة حق الارتفاق الجديد الذى

---

(١) الدكـــتور عبد الودود يحيى – دروس فى العقود المسماة البيع والتأمين ١٩٧٨ ص ١٢٤ ومابعدها .

أنشــئ على العين والفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت إنشاء حق الارتفــاق ومصــروفات الصــلح ، وذلك كله بعد استنزال نصيب المتقاسم مستحق الضمان فى هذه المبالغ بنسبة حصته [١].

ويلاحــظ أن هــذا الحكــم لايطبق إلا إذا كان المتقاسم الدائن بالضــمان قــد توقــى اســتحقاق النصيب الذى آل إليه باتفاقه مع المستحق واحتفظ به نتيجة لذلك . أما إذا قضى للمستحق بما يدعيه فتطــبق القواعــد العامة ويرجع هذا المتقاسم بالتعويض على باقى المتقاسمين كما أوضحنا سلفا حتى لو كان الدائن المستحق للضمان بعــد صــدور الحكم قد اتفق مع المستحق على أن يحتفظ بالنصيب الــذى آل إلــيه مقــابل مــبلغ مــن النقود أو أى شيء آخر يدفعه للمستحق، لأننا فى هذه الحالة لانكون بصدد توقى الاستحقاق[٢].

١٨٤ـ التزام الضمان مكفول بامتياز المتقاسم :

تــنص المادة ١١٤٦ مدنى على أن : " للشركاء الذين اقتسموا مــنقولا ، حــق امتياز عليه تأمينا لحق كل منهم فى الرجوع على الآخرين بسبب القسمة وفى استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل .

وتكــون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التى لامتياز البائع ، فإذا تزاحم الحقان قدم الأسبق فى التاريخ ".

---

(١) السنهورى ص ١٣٠٤ ومابعدها .

(٢) عبد الودود يحيى ص ١٢٥ .

كما تنص المادة ١٤٤٩ مدنى على أن : " للشركاء الذين اقتسموا عقارا ، حق امتياز عليه تأمينا لما تخوله القسمة من حق فى رجوع كل منهم على الآخرين بما فى ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة. ويجب أن يقيد هذا الامتياز، وتكون مرتبته من وقت القيد".

وواضح من المادتين أن حق الامتياز مقرر تأمينا لما تخوله القسمة من حق فى رجوع كل من المتقاسمين على الآخرين بسبب القسمة . فيدخل فى ذلك حالة ما إذا استحق نصيب أحد الشركاء فى المنقول أو العقار ، فيضمن الامتياز التعويض الذى يقرر له فى مواجهة الشركاء الآخرين [١].

١٨٥ـ تقادم الالتزام بالضمان :

لم ينص القانون على مدة خاصة لتقادم الالتزام بالضمان الناشىء من القسمة بين المتقاسمين . ولذلك يجب الرجوع إلى القواعد العامة ، وهى تقضى بتقادم الالتزام بمضى خمس عشرة سنة (م ٣٧٧ مدنى) .

وقد ذهب بعض الشراح إلى أن هذه المدة تبدأ فى السريان من وقت وقوع القسمة .

بينما ذهب البعض الآخر – بحق – إلى أن هذه المدة تسرى من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق وذلك بصريح المادة ٢/٣٨١ مدنى

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٥٠ .

فهـــى تنص على أنه بالنسبة إلى ضمان الاستحقاق لايسرى التقادم "إلا مـــن الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق " وأن هذا النص تطبيق لقاعدة عامة تقضى بأن التقادم لايبدأ فى السريان إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء (م ١/٣٨١ مدنى) [١].

---

(١) البدراوى ص ١٩٥ – أحمد سلامه ص ٤٣٠ – الصده ص ٢٥٣.

مــادة (٨٤٥)

١- يجــوز نقــض القســمة الحاصلة بالتراضى إذ أثبت أحد المتقاســمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشىء وقت القسمة .

٢- ويجــب أن تــرفع الدعــوى خلال السنة التالية للقسمة . وللمدعــى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته .

الشــرح

نقض القسمة الاتفاقية للغبن :

١٨٦- نقض القسمة للغبن قاصر على القسمة الاتفاقية :

واضــح مــن نص المادة ٨٤٥ مدنى أن الشارع يقصر نقض القســمة للغبــن على القسمة الاتفاقية ، دون القسمة القضائية وذلك على غير ما فعل القانون الفرنسى حيث أباح نقض القسمة القضائية للغبن .

وسند الشارع المصرى فى ذلك ، أن كل الاحتياطات قد اتخذت فى القسمة القضائية – كما سنرى – لمنع الغبن .

وفى هذا جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى :

" أما القسمة القضائية فلا يقبل فيها دعوى الغبن، لأن المفروض فى هذه القسمة أن كل الاحتياطات قد اتخذت لمنع الغبن "[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ ص ١٢٨ .

كما لايسرى حكم نقض القسمة للغبن على قسمة المهايأة ، فهذه- كما سنرى – تخضع للقواعد العامة [١].

ويبرر الفقه تطبيق أحكام الغبن على القسمة الاتفاقية ، بأن وظيفة القسمة تقتضى أن يسود مبدأ المساواة بين المتقاسمين فى حصول كل منهم على جزء مفرز يعادل حصته الشائعة . فالقسمة، وهى تقتصر على تحقيق التطابق بين النطاق المادى لحق الشريك ونطاقه المعنوى ، لاتنقل للمتقاسم حقا لم يكن له من قبل ، وإنما هى تقتصر على الكشف عن الحق الذى كان ثابتا له فهى على عكس المعاوضات الناقلة كالبيع ، لاتقوم على أساس من المضاربة لذلك عنى الشارع بأن يكفل المساواة فى هذا التطابق بين أنصبة الشركاء فى القسمة وحصصهم الشائعة [٢].

١٨٧ـ إجازة القسمة الاتفاقية من الشريك المغبون تمنع من رفع دعوى نقض القسمة للغبن :

يجوز للشريك المغبون فى القسمة الاتفاقية أن يجيز هذه القسمة فتصبح القسمة بعد هذه الإجازة غير قابلة للنقض وتمنع الشريك

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٢٥٤ – اسماعيل غانم ص ١٨٠ هامش (٢) .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ١٩٨– محمد على عرفه ص ٤٥١ – اسماعيل غانم ص ١٨٠ ومابعدها – جميل الشرقاوى ص ١٥٣ – مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٢٨.

المغبون من رفع دعوى نقض القسمة . وهذه الإجازة كما تكون صريحة تكون ضمنية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن المادة ٨٤٥ من القانون المدنى قد جعلت من الغبن الذى يزيد على الخمس عيبا فى عقد القسمة يجيز بذاته للشريك المغبون طلب نقضها ولهذا الشريك أن يجيز القسمة التى لحقه منها غبن فتصبح بعد ذلك غير قابلة للنقض وهذه الإجازة كما تكون صريحة يجوز أن تكون ضمنية إذ القانون لم يشترط لتحققها صورة معينة. وتصرف الشريك المغبون فى كل أو بعض نصيبه بعد علمه بالغبن الذى لحقه وظروفه يمكن أن يعتبر إجازة ضمنية للقسمة ونزولا منه عن حقه فى طلب نقضها إذا دلت ظروف الحال على أن نيته قد اتجهت إلى التجاوز عن هذا العيب وإلى الرضاء بالقسمة رغم وجوده . وتقدير تلك الظروف وتعرف هذه النية من شئون محكمة الموضوع ".

(طعن رقم ٣٥٩ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١٢/٥)

١٨٨ـ الغبن فى ذاته يجيز نقض القسمة :

إذا وقع فى القسمة غبن يزيد على الخمس ، كان هذا عيبا كافيا بذاته لطلب نقض القسمة . فهذا العيب يجعل عقد القسمة قابلا للإبطال . فالمشرع يقيم الغبن على أساس مادى بحت [١].

---

(١) الصده ص ٢٥٤ .

وعلـــى ذلـــك لايشترط لنقض القسمة بالغبن ، أن يكون الغبن الحاصـــل فى القسمة نتيجة لاستغلال طيش بين أو هوى جامح فى الشـــريك المغبون ، كما تتطلب المادة ١/١٢٩ مدنى فى الغبن الذى يقع فى العقود الأخرى .

والغالـــب فى العمل أن يكون الغبن قد وقع نتيجة لغلط فى قيمة الشىء، وعندئذ يكون عقد القسمة قابلا للإبطال إذا توافرت الشروط المنصـــوص عليها فى المادتين ١٢٠ ، ١٢١ مدنى ، وكذلك قابلا للنقض إذا توافرت شروط الغبن .

ويقع الغبن ، دون أن يكون هناك غلط أو تدليس أو إكراه [١].

أمـــا الخطـــأ فـــى الحساب فلا يكون سببا للإبطال للغلط ، ولا للـــنقض بالغبن . والخطأ فى الحساب يجب تصحيحه أيا كان مقدار الخطأ (م ١٢٣ مدنى) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" جعلـــت المـــادة ٨٤٥ من القانون المدنى من الغبن الذى يزيد علـــى الخمس عيبا فى عقد القسمة يجيز بذاته طلب نقضها ، ومن ثـــم فـــإذا وقـــع فى القسمة غبن بالمقدار الذى حدده القانون ، جاز للشريك المغبون أن يرجع على باقى الشركاء بالغبن حتى ولو كان ســـبب الاســـتحقاق قـــد استبعد فى عقد القسمة من أن يكون سببا

---

(١) السنهورى ص ١١٩٥ – عرفه ص ٤٥٢ .

للـــرجوع بالضمان وذلك تحقيقا للمساواة بين المتقاسمين . لما كان ذلـــك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وذهب إلى أن إسقاط الطاعنة حقها فى الضمان بالنسبة لحصتها فى العمارة يترتب علـــيه سقوط حقها فى طلب نقض القسمة للغبن فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ".

(طعن رقم ٥١ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٤/١)

ويجـــوز نقض القسمة للغبن سواء كان الشريك المغبون قاصرا أو رشيدا [١].

١٨٩ـ اختلاف الغبن فى القسمة عن الغبن فى عقد البيع :

تقـــوم فكرة نقض عقد القسمة للغبن على فكرة تحقيق المساواة بين المتقاسمين ، ومن هذا المنطلق اختلفت أحكام الغبن فى القسمة عـــن أحكام الغبن فى بيع عقار مملوك لشخص لاتتوافر فيه الأهلية إذا كـــان الغبن يزيد على الخمس (م ٤٢٥ مدنى) [٢]، فعلى خلاف مـــا هو مقرر فى هذا البيع لايشترط أن يكون محل القسمة عقارا ، ولا أن يكون المتقاسم المغبون غير كامل الأهلية .

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ١٨٥ .

(٢) **تنص هذه المادة على أن :**

" إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان فى البيع غبن يـــزيد على الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المـــثل. ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع ".

كمــا أن هــناك فــروقا أخرى تتعلق بالدعوى وما يجب على الطرف الآخر أداؤه لتجنب نقض القسمة [١].

١٩٠- جــواز نقض القسمة العينية للغبن :

لا خلاف حول جواز نقض القسمة العينية بالغبن أيا كان نوع القســمة ، أى سواء تمت بمعدل أو بغير معدل ، وسواء كانت كلية أو جزئية .

١٩١- هل يجوز نقض قسمة التصفية للغبن ؟

القسمة بطريق التصفية أحد أنواع القسمة ومن ثم يجوز نقضها بالغبن .

إلا أنــه يتعيــن التفرقة بين ما إذا كان المزاد قد رسا على أحد الشــركاء أم رســا على أجنبى . فإذا كان المزاد قد رسا على أحد الشــركاء فإن البيع – كما أسلفنا – يعتبر قسمة، وبالتالى فإنه يعتد بالغبن الواقع فى القسمة .

ومعــنى ذلــك أنه إذا بيع المال للشريك بأقل من أربعة أخماس قيمــته فإنه بتوزيع الثمن على باقى الشركاء يكون نصيب كل منهم أقــل من أربعة أخماس القيمة الحقيقة للمال الشائع ، ومن ثم يحق لهؤلاء وهم الشركاء فى المال الشائع – عدا المشتري- طلب نقض القسمة للغبن .

---

(١) الصده ص ٢٥٥.

أما إذا كان المشترى أجنبيا أى ليس من بين الشركاء المشتاعين المتقاسمين ، فإن رسو المزاد على الأجنبى يعد- كما أسلفنا - بيعا لا قسـمة ، ومن ثم لايتصور أن يكون هناك غبن فى قسمة الثمن بيـن الشـركاء، لأن الغبن هنا وقع فى بيع المال الشائع وليس فى قسمته [١].

١٩٢ـ الغبن فى حالة تجزئة القسمة إلى عدة عقود :

قـد لا تتم القسمة بعقد واحد ، وإنما تتم بأكثر من عقد يرد كل مـنها علـى جـزء من المال الشائع . وفى هذه الحالة لاينظر فى وجود الغبن إلى كل عقد على حدة ولكن إلى القسمة فى مجموعها، إذ ربما يغبن المتقاسم فى عقد ويأخذ أكثر من نصيبه فى عقد آخر.

ومـن ثم إذا تبين أن المتعاقد قد غبن بما يزيد على الخمس فى مجموع هذه العقود ، كان له طلب نقض العقود جميعها لأنها تعتبر مراحل متعاقبة فى قسمة كلية واحدة .

١٩٣ـ العبرة فى نقض القسمة بحقيقة العقد :

قـد يستر المتقاسمون عقد القسمة فى صورة عقد آخر ، كعقد بـيع أو مقايضة أو صلح ، وفى هذه الحالة تكون العبرة فى طلب نقـض العقـد بالغبن ، بحقيقة العقد . فإذا ثبت أن العقد فى حقيقته قسـمة ، وأنـه وقع فيها غبن بما يزيد على الخمس ، جاز للشريك المغبون طلب نقضها .

---

(١) السنهورى ص ١١٩٨ - أحمد سلامه ص ٣٨٠ .

ويقـــع على عاتق الشريك الذى يدعى صورية العقد وأنه يخفى قسمة عبء إثبات ذلك .

ويتبع فى الإثبات حكم القواعد العامة فى الإثبات .

١٩٤ـ لايجوز نقض عقد القسمة الاحتمالى بسبب الغبن :

لايجـــوز نقض عقد القسمة الاحتمالى بسبب الغبن، لأن العقود الاحتمالـــية تأبى طبيعتها أن تنقض للغبن . فإذا قسمت قطعة أرض شـــائعة بيـــن شـــريكين على أن يكون نصيب أحد الشريكين أداء احتمالـــيا ، كأن يترك له ملكية الأرض فى مقابل أن يقدم له إيرادا مرتـــبا مدى الحياة أو أن يرتب له على هذا المال حق انتفاع يبقى مادام هو على قيد الحياة .

١٩٥ـ مقدار الغبن الذى يجيز طلب نقض القسمة :

مقـــدار الغبن الذى يلحق بالشريك فى القسمة ، ويجيز له طلب نقض القسمة، هو الذى يزيد على خمس المال الشائع محل القسمة [١]، فهـــو يقـــدر تقديرا حسابيا . فإذا كان الغبن يقل عن ذلك ، لم يكن للشريك طلب نقض القسمة .

وبالرغم من أن الحكمة من جواز نقض القسمة للغبن أنها يجب أن تحقـــق المساواة بين المتقاسمين ، إلا أنه يتعين أن يصل مقدار

---

(١) وقد اقترح فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رفع نسبة الغبن من الخمس إلى الربع ، ولكن اللجنة لم توافق على ذلك .

الغبـــن إلى قدر من الأهمية ، قدره المشرع بما يزيد على الخمس ، وإلا لما استقرت قسمة ، إذ لايخلو الأمر من وجود تفاوت فى قيمة الأنصبة [١].

والعبرة فى التقدير بقيمة المال الشائع وبقيمة نصيب كل شريك وقت القسمة ، وليس وقت بدء الشيوع ، أو وقت رفع دعوى الغبن، فالمـــراد هـــو تحقـــيق مبدأ المساواة فى حصول كل من الشركاء بمقتضى القسمة على ما يعادل حصته الشائعة فيتعين أن يكون وقت القسمة هو المرجع فى التقدير [٢].

فـــلا يعـــتد بالزيادة أو النقص الذى يطرأ على المال الشائع أو علـــى نصـــيب كل شريك بعد وقوع القسمة ، فقد تزيد قيمة المال بسبب زيادة صقعه أو تقل بسبب انخفاض الأسعار.

وقد يحدث الغبن بغير إعادة تقويم المال، كما لو اختص وارث- ضـــمن حصـــته - بدين للمورث على الغير ، ثم يتبين أن المدين معســـر منذ القسمة وترتب على إعساره أن لحق الوارث غبن يزيد على الخمس ، فيكون له أن ينقض القسمة [٣].

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ١٨٥ ومابعدها .

(٢) اسماعيل غانم ص ١٨١- البدراوى ص ١٩٨.

(٣) أحمد سلامه ص ٣٨١ هامش (١) .

ويعتد فى تقدير نصاب الغبن بقيمة حصة الشريك فى مجموعها، فـــإذا كانـــت حصته مكونة من عقارات ومنقولات، وكانت قيمة ما خصـــه مـــن العقارات أقل من قيمة ما خص بقية شركائه منها بما تزيد على الخمس ، ولكن هذا النقص تعوضه زيادة في قيمة ما آل إلـــيه مـــن منقولات ، فلا يكون ثمة مجال للطعن فى القسمة بسبب الغبن في قيمة العقارات[١] .

ولا يكفى لنقض القسمة أن تكون حصة أحد الشركاء زائدة على قـــيمة حصة كل من الشركاء الباقين بما يجاوز الخمس، طالما أن هذه الزيادة لو وزعت على بقية الشركاء لما تحقق بالنسبة إلى كل مـــنهم غبن يزيد على الخمس ومن ثم لا تكون دعوى الغبن مقبولة من أى منهم [٢].

وفـــى تقدير القيمة لايعتد بالقيمة المقدرة في عقد القسمة ، وإنما يعاد التقدير من جديد، وللمحكمة الاستعانة بالخبراء في هذا التقدير.

وبالترتيب على ما تقدم ، إذا كان الشركاء فى مال شائع أربعة بحصص متساوية وقدرت قيمة المال بألفى جنيه ، كان الواجب أن تكـــون قـــيمة نصيب كل من الشركاء ٥٠٠ ج، ويجب لكى يكون الشـــريك مغـــبونا أن تكـــون قيمة الحصة المفرزة التى وقعت في

---

(١) عرفه ص ٤٥٢ .

(٢) عرفه ص ٤٥٢ .

نصـــيبه تقل بما يزيد على خمس المبلغ الأخير وهو مائة جنيه أى بأن تكون قيمة حصته أقل من ٤٠٠ ج .

١٩٦ـ تحديد نصاب الغبن ليس من النظام العام :

تحديـــد نصاب الغبن وهو ما يزيد على الخمس ليس من النظام العـــام ، فيجوز أن يتفق المتقاسمون على خلافه ، كأن يتفقوا على تحقـــيق المساواة التامة بين حصصهم ، فإذا لم تراع هذه المساواة عـــند تكويـــن الحصـــص جاز للشريك الذى يتظلم من نقص قيمة حصته أن يطعن في القسمة بسبب الغبن ، وعندئذ يكون للقاضى أن يقضى بنقض القسمة حتى لو كان الغبن أقل بكثير من الخمس[١].

١٩٧ـ عـدم جـواز تنازل الشريك مقدما عن الحق في طلب نقض القسمة للغبن :

لايجوز للشريك أن ينزل مقدما عن حقه في طلب نقض القسمة بســبب الغبن ، في أية صورة يفرغ فيها هذا التنازل ، لأنه لايجوز النزول عن الحق قبل وجوده ، وهذا الحق لايوجد إلا بتحقق الغبن فعلا وهو ما لا يتحقق إلا بتمام القسمة وتوزيع الحصص .

١٩٨ـ الخصوم في دعوى نقض القسمة للغبن :

تــرفع دعوى نقض القسمة للغبن من الشريك المغبون أى الذى لحقـــه الغبن . وإذا تعدد الشركاء المغبونون جاز لهم رفع الدعوى منفردين أو مجتمعين .

---

(١) عرفه ص ٤٥١ .

أما الشريك الذى لم يغبن فلا يجوز له بداهة رفع الدعوى.

وتنتقل دعوى نقض القسمة للغبن من الشريك المغبون إلى وارثه، فيجوز للوارث بعد وفاة الشريك أن يرفع الدعوى أو أن يواصل السير فيها .

ويجوز كذلك لدائن الشريك المغبون أن يرفع الدعوى باسم مدينه طبقا للقواعد المقررة في الدعوى غير المباشرة [١].

والمدعى عليه في دعوى نقض القسمة للغبن هم سائر الشركاء المشتاعون ، لأن هذه الدعوى تهدف إلى إبطال القسمة بالنسبة للجميع ، ويجب على المدعى اختصامهم [٢].

١٩٩ـ رفع دعوى نقض القسمة للغبن خلال سنة :

أوجبت الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ مدنى رفع دعوى نقض القسمة للغبن خلال السنة التالية للقسمة ، فلا يحسب فيها اليوم الذى تمت فيه القسمة ، وتحسب مدة السنة من اليوم التالى ، وتحسب السنة بالتقويم الميلادى (م ٣ مدنى)، وقد هدف الشارع من هذا الميعاد سرعة تحقيق الاستقرار النهائى للاتفاق المنهى للشيوع وحتى لا يبقى مصير القسمة معلقا أمدا طويلا [٣].

---

(١) السنهورى ص ١١٩٩ .

(٢) السنهورى ص ١٢٠٠ – أحمد سلامه ص ٣٨٢ .

(٣) الشرقاوى ص ١٥٤ .

ويسرى هذا الميعاد على الخلف العام للمتقاسم رافع الدعوى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يترتب على انصراف آثار العقد إلى الخلف العام طبقاً لنص المادة ١٤٥ من القانون المدنى أنه يسرى فى حقه ما يسرى في حق السلف بشأن هذا العقد فلا يشترط إذا ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله حتى يكون التصرف حجة للخلف أو عليه لأنه قائما مقام المورث ويلتزم بتنفيذ ما التزم به مورثه . لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن هو أحد ورثة الشريك الذى أبرم عقد القسمة محل النزاع مع المطعون ضدهما ومن ثم فإن أثر هذا العقد ينصرف إليه باعتباره خلفا عاما لمورثه- وليس خلفا خاصا كما يدعى - ويكون حجة عليه دون توقف على ثبوت تاريخه أو تسجيله وفى طلبه نقض القسمة للغبن يسرى في حقه ما يسرى في حق مورثه من وجوب تقديم هذا الطلب في خلال السنة التالية للقسمة طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٣٤٢ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٢/٤/١٥)

فإذا لم ترفع الدعوى خلال سنة ، كانت الدعوى غير مقبولة لرفعها بعد الميعاد ، يستوى أن يكون المدعى قد علم بالغبن الذى لحق به أو لم يعلم ومدة السنة المذكورة ، مدة سقوط لاتقادم ، فهى

مـــدة حتمية لايرد عليها الوقف أو الانقطاع [1]. وهى في هذا تتفق مع دعوى الغبن للاستغلال المنصوص عليها بالمادة ١٢٩ مدنى ، إذ نصـــت الفقرة الثانية منها على أنه يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة . ولكنها تختلف عــن دعــوى الغبن في بيع عقار غير متوافر الأهلية المنصوص علــيها بالمادة ١/٤٢٦ مدنى ، والتى نصت على أن تسقط بالتقادم دعــوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع.

٢٠٠ـ إثبات الغبن في القسمة :

يقــع عــبء إثبات الغبن في القسمة على الشريك الذى يدعى الغبن وهو المدعى في دعوى نقض القسمة بالغبن .

ولهــذا الشــريك إثبات الغبن بكافة طرق الإثبات القانونية- بما فيها البينة والقرائن – لأن محل الإثبات هنا واقعة مادية .

وغالبا ما تندب المحكمة التى تنظر الدعوى خبيرا تكون مهمته تقديــر قيمة المال الشائع وقت القسمة وقيمة الجزء المفرز الذى آل إلى المدعى وقت القسمة أيضا، وبمقارنة هاتين القيمتين يمكن معرفة

---

(١) الســنهورى ص ١٢٠٠ – الدكــتور محمد على عمران الحقوق العينية الأصلية في القانون المدنى المصرى ص٣٢٦– أحمد سلامه ص٣٨٢ – عبد المنعم الصده ص ٢٥٥ – منصور مصطفى منصور ص١٨٦ .

مـــا إذا كان المدعى قد لحق به غبن يزيد على الخمس بالنظر إلى مقدار حصبته في المال الشائع قبل القسمة [١].

٢٠١ـ الحكم الذى يصدر في دعوى نقض القسمة :

طلـــب نقض القسمة بالغبن ، يهدف إلى هدم القسمة التى تمت أى هدم الاتفاق الذى أدى إلى الغبن، حتى يتيسر إجراء القسمة من جديـــد. ومـــادام هذا الهدم يرجع إلى سبب مقارن لنشوء التصرف القـــانونى يتمـــثل فـــي عيب فيه ، فإنه يقوم على بطلان تصرف المتقاســـم المغـــبون أى أن الطعـــن فـــي القسمة هو طلب بإبطال القسمة[٢].

فإذا ثبت للقاضى حصول الغبن وجب عليه القضاء بإبطال عقد القســـمة . ولـــيس للقاضى سلطة تقديرية في القضاء بإبطال العقد، لأن في دعاوى الإبطال لا يكون للقاضى سلطة تقديرية في القضاء بالإبطـــال إذا ثبـــت له تحقـــق سببه [٣]، وذلك على خلاف الحال بالنسبة لدعاوى الفسخ فله فيها سلطة تقديرية .

---

(١) السنهورى ص ١٢٠٠ – أحمد سلامه ص ٣٨٢ .

(٢) السنهورى ص ١٢٠١ – الشرقاوى ص ١٥٣ .

(٣) السنهورى ص ١٢٠١ – أحمد سلامه ص ٣٨٢ هامش (١) .

٢٠٢- آثار القضاء بنقض القسمة :

يترتب على القضاء بنقض القسمة أى إبطالها ، اعتبارها كأن لم تكن ، فيكون للحكم أثر رجعى ، ويعود المتقاسمون إلى حالة الشيوع التى كانت قائمة ، ويعتبر الشركاء مالكين على الشيوع منذ بدئه ، وذلك عملا بالمادة ١/١٤٢ مدنى التى تقضى بأنه : " في حالتى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد. فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل".

ويجوز للشركاء بعد صدور الحكم ، الاتفاق على قسمة جديدة، كما أن لهم كلهم أو بعضهم الالتجاء إلى القضاء لإجراء القسمة.

وإذا وقع غبن لأحد الشركاء في القسمة الاتفاقية الثانية ، جاز له أيضا رفع دعوى نقض القسمة بالغبن .

وتسقط كأثر للحكم تصرفات الشركاء في الأموال المفرزة التى وقعت في نصيبهم نتيجة للقسمة ، وتعود هذه الأموال خالية من الحقوق التى ترتبت للغير طبقاً للقواعد المقررة في شأن إبطال العقد في التصرفات الصادرة للغير .

أما أعمال الإدارة فتبقى محتفظة بأثرها حتى بعد نقض القسمة، وذلك وفقا للقواعد المقررة في هذا الشأن [1].

---

(١) السنهورى ص ١٢٠١.

٢٠٣- حق المدعى عليه في وقف السير في دعوى نقض القسمة :

نصت الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ مدنى في شأن دعوى نقض القسمة على أن : " للمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته " .

فقد أجاز النص للمدعى عليه في دعوى نقض القسمة بالغبن أن يوقف سير الدعوى ويمنع إجراء قسمة جديدة ، وذلك بأن يكمل حصة شريكه المغبون (المدعى) بما يكفل تحقيق المساواة التامة بين حصتى كل منهما ، فلا يكفى إذن لوقف السير في الدعوى أن يعرض المدعى عليه ما يكمل حصة المدعى إلى الحد الذى يزول معه الغبن المحظور بأن يكملها إلى أربعة أخماس القيمة .

وتختلف القسمة في ذلك عن دعوى الغبن عن طريق الاستغلال (م١٢٩) [1]، ودعوى الغبن في بيع عقار ناقص الأهلية (م٤٢٥/١ مدنى) [2].

---

(١) ففى هذه الدعوى يجوز للمتعاقد المغبون أن يطلب إبطال العقد أو إنقاص التزاماته وإنقاص الالتزامات هنا ليس ضروريا أن يكون بحيث يرفع أى غبن عن المتعاقد المغبون ، بل يكفى أن يرفع عنه الغبن الفاحش .
كما يجوز فى عقود المعاوضة كالبيع والمقايضة وغيرها أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال ، إذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن ، ولايشترط أن تكون الزيادة التى يعرضها المدعى عليه لتوقى دعوى الإبطال بحيث تجعل الثمن معادلا لقيمة الشىء بل يكفى أن تكون بحيث تجعل الغبن الذى يتحمله البائع لايصل إلى حد الغبن الفاحش (السنهورى ص ١٢٠٢) .

(٢) ذلك أن هذه الفقرة تنص على أنه : " إذا بيع عقار مملوك لشخص لاتتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل " .

وعلة هذه التفرقة أن القسمة تعنى التوزيع طبقا للحقوق الخاصة بالمتقاسمين والتى كانت لهم في الشيوع السابق على القسمة، فوجود هذه الحقوق السابقة هو الذى يوجب احترامها عند القسمة ، فإذا لم تحترم هذه الحقوق فإن هذا يخل بروح القسمة ، أما العقود الأخرى كالبيع والمقايضة فهى تقوم على المعاوضة .

وإكمال نصيب الشريك المغبون يكون إما عينا أو نقدا ، ويكون الإكمـــال عيــنا إذا أدى إلــيه جزءا من المال الشائع الذى وقع في حصته يعادل قيمة النقص في حصة الشريك المغبون .

ويكــون الإكمـــال نقدا إذا أدى إليه مبلغا من النقود يساوى ما نقص في حصة الشريك المغبون .

والخــيار للمدعــى عليه وهو المدين في اختيار الوفاء بإحدى الطريقتين عينا أو نقدا .

غــير أنـــه إذا عرض المدعى عليه الإكمال بإحدى الطريقتين المذكورتيــن وقــبل الشريك المغبون عرضه ، امتنع على المدعى عليه العدول عن الطريقة التى اختارها إلى الطريقة الأخرى .

ويجب أن يضاف إلى تكملة النقص في حصة الشريك المغبون، ثمرات القدر الناقص أو فوائده من يوم القسمة حتى يوم الدفع [1].

---

(١) السنهورى ص ١٢٠٣ – أحمد سلامه ص ٣٨٢ .

وإذا تعدد المدعى عليهم ، فعليهم الاتفاق على مبدأ إكمال حصة المدعـــى نقدا أو عينا . فإذا اتفقوا على ذلك واختلفوا على قيمة ما يخص كل منهم ، فصل القاضى في ذلك .

أمـــا إذا لـــم يتفقوا على مبدأ الإكمال ذاته ، كان للشركاء الذين وافقـــوا عليه أداء ما يكمل نصيب المدعى . فإذا قاموا بذلك قضت المحكمـــة بوقف السير في الدعوى . غير أنه لايجوز لهم الرجوع على من لم يوافق من الشركاء على مبدأ الإكمال بشئ(١).

وكمـــا يجـــوز للمدعى عليه عرض التكملة ، فإنه يجوز لدائنه التدخل في الدعوى وأن يعرض هذه التكملة نيابة عن مدينه (٢).

وإكمال نصيب المدعى جائز في أية حالة تكون عليها الدعوى، فـــيجوز ذلـــك أمام محكمة ثانى درجة ، بل بعد الحكم في الدعوى بحكـــم نهائى ، طالما أن قسمة جديدة لم تتم ، ذلك أن المشرع جعل لـــه الحـــق في تكملة النصيب لا ليقف سير دعوى الغبن فقط ، بل وليمنع إجراء القسمة من جديد (٣).

ولا محـــل للاعـــتراض على ذلك لأن ما يعرضه المدعى عليه وهو تكملة حصة المدعى ، يؤدى إلى نفس النتيجة المراد الوصول

---

(١) السنهورى ص ١٢٠٤ .

(٢) أحمد سلامه ص ٣٨٢.

(٣) السنهورى ص ١٣٠٤ – عرفه ص ٤٥٣ .

إلــيها بالقســـمة الجديدة مع تفادى الإجراءات . كما أن نص المادة ٨٤٥ مدنى يؤدى إلى التفسير السابق فقدجرت على أن: " وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد ...... الخ " .

وفـــى حالـــة عرض نصيب المدعى بعد صدور حكم نهائى ، وتحمـــل المدعـــى ثمـــة نفقات في سبيل إجراء قسمة جديدة يلتزم المدعى عليه بإضافة هذه النفقات إلى قيمة ما يكمل نصيبه [1].

(١) في هذا المعنى السنهورى ص ١٢٠٤.

مـــادة (٨٤٦)

فـــي قســـمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمـــنفعة جـــزء مفـــرز يـــوازى حصته في المال الشائع ، متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء ، ولايصح هذا الاتفـــاق لمدة تزيد على خمس سنين . فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهـــت المـــدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد، كانت مدتها ســـنة واحـــدة تـــتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لايرغب في التجديد.

وإذا دامـــت هـــذه القسمة خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائـــية ، مـــا لم يتفق الشركاء على غير ذلك . وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة .

الشـــرح

قسمة المهايأة :

٢٠٤ـ تعريف قسمة المهايأة :

قســـمة المهايـــأة هى قسمة مؤقتة لا تنهى حالة الشيوع ، وإنما تقتصـــر على تنظيم الانتفاع بالشىء بحيث يحصل كل شريك على قدر من منافعه يتناسب مع حصته .

وتستهدف قسمة المهايأة تخلص الشركاء من مشاكل إدارة المال الشائع وما يحيط بهذه الإدارة من صعوبات .

وسنرى أن قسمة المهايأة نوعان : مكانية وزمانية .

٢٠٥ـ المقصود بقسمة المهايأة المكانية :

تكــون قسمة المهايأة مكانية بأن يتفق الشركاء على أن يختص كــل مــنهم بمــنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع، متنازلا لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء فهى من قبــيل الإفــراز بجمع منفعة كل من الشركاء في قطعة مفرزة من المالك الشائع .

فيكون لكل من الشركاء أن يحوز الجزء المفرز الذى اختص به ويســتقل بإدارته واستغلاله والانتفاع به دون أن يتقاضى منه باقى الشــركاء شيئا ، نظير عدم مطالبة هؤلاء الشركاء بثمة شىء نظير استقلالهم بالأجزاء التى حازوها .

ومثل ذلك أن يكون المال الشائع أرضا يملكها شريكان فاختص أحدهمــا بالجزء الغربى والآخر بالجزء الشرقى ، أو دارا اختص أحدهما بالطابق الأول واختص الثانى بالطابق الثانى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " قســمة المهايأة . قيامها على انفراد الشريك بمنفعة جزء مفرز من المال الشائع مقابل تنازله عن الانتفاع بباقى الأجزاء مدة سريان المهايأة ".

٢- " الــنص فــي الفقــرة الأولى من المادة ٨٤٦ من القانون المدنى يدل على أن للشركاء على الشيوع في الملكية أن يتفقوا على قسمة المهايأة لمدة معينة فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملــك فيختص كل منهم بجزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع

فيستقل بإدارته واستغلاله والانتفاع به سواء بنفسه أو بواسطة غيره دون باقى الشركاء . ذلك أن الشريك بمقتضى هذه المهايأة يحصل علـــى نصـــيب باقى الشركاء في منفعة الجزء الذى اختص به في مقـــابل حصول الشركاء على نصيبه هو في منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى ".

(طعن رقم ١٠٣٠ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٩/١٢/٦) [١]

---

(١) كمـــا قضى بأن : " لما كـــان يبين من تـــقـــرير الخبير الذى أخذ به الحكم المطعـــون فـــيه أن قسمة مهايأة قد تمت بين المطعون ضده وإخوته ، اختص المطعـــون ضده بمقتضاها بالانتفاع بأحد المنازل للإقامة فيه بينما تنازل عن مـــنفعة نصـــيبه في منزلين آخرين لإخوته وكان الحكم قد أعفى من الضريبة إيراد المطعون ضده المفترض من المنزل الذى اختص به ويقيم فيه فعلا طبقا لحكـــم الفقرة الأخيرة من المادة السادسة من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ بعد تعديلها بالقانون رقم ٢١٨ لسنة ١٩٥١ . كما استبعد من وعاء الضريبة إيراد مـــا يخصـــه فـــي المنزلين الآخرين اللذين استقل إخوته بالانتفاع بهما نتيجة للقسمة ، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٥٩١ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/٥/١٤)

كما قضت محكمة النقض – بشأن القسمة الفعلية – بأن :

" القســـمة الفعلـــية تـــتحقق فـــي صـــورة ما إذا تصرف أحـــد الملاك المشتاعين في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته ، ثم ينهج نهجه سائر الشركاء ويتصرف كل منهم في جزء مفرز يعادل حصته في المال الشـــائع ، فيستخلص من تصرفاتهم هذه ضمنا أنهم ارتضوا قسمة المال

٢٠٦ـ مدة قسمة المهايأة المكانية :

لايصح أن تزيد مدة قسمة المهايأة المكانية على خمس سنوات (م١/٨٤٦ مدنى) ، فإذا اتفق على مدة أكثر من خمس سنين ، كان الاتفــاق فــيما زاد على خمس سنوات باطلا لايلزم الشركاء ، وقد يــبطل الاتفــاق كله وذلك إذا تبين أنه ما كان ليتم إلا للمدة المتفق علــيها عملا بالمادة ١٤٣ مدنى التى تقضى بأنه : " إذا كان العقد فــي شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده الذى يبطل . إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله " .

وإذا اتفــق علـــى مـــدة في حدود خمس السنوات ، فيجوز بعد انقضـــاء المدة المتفق عليها ، أو حتى قبل انقضائها ، أن يتفق من جديــد علـــى القسمة إما على النحو السابق نفسه أو على نحو آخر ولـــيس هـــناك ثمة ما يحول دون تجديد الاتفاق على القسمة مرات متعاقـــبة . وإذا اتفـــق على القسمة ولم تشترط لها مدة ، أو انتهت المـــدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد كانت مدتها سنة واحدة

الشـــائع فـــيما بيـــنهم على الوجه الذى تصرفوا على مقتضاه ، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذى سبق أن تصرف فيه " .

(طعن رقم ٢٩٣ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/٢٦)

تـــتجدد إذا لـــم يعلـــن شريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لايرغب في التجديد (م٨٤٦/١ مدنى) (١).

وعلـــة توقيـــت قسمة المهايأة المكانية، أنها تبقى الشيوع قائما بالنســـبة للملكـــية ، وقـــد رأينا أن الشريك لايجبر على البقاء في الشيوع في الملكية بموجب الاتفاق لمدة أطول من خمس سنوات .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" القاعدة الواردة بالمادة ٨٤٦/١ من التقنين المدنى القائم والتى تقضى بأن إذا اتفق على قسمة المهايأة المكانية ولم تشترط لها مدة أو انتهـــت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد، كانت مدتها ســـنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لايرغب في التجديد ، هى قاعدة مستحدثة لم يكن لها نظير في التقنين المدنى الملغى ، فلا يجوز إعمالها بأثر رجعـــى على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم " .

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ١٣٥ - محمد كامل مرسى ص ١٧٩- نبيل سعد سعد ١٠٨ .

(طعن رقم ١٣٧ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩/٥/١٩٧٠) [١]

٢٠٧- تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية :

نصت المادة ٢/٨٤٦ مدنى على أنه : " وإذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك ... الخ " .

وبالترتيب على ذلك إذا دامت قسمة المهايأة المكانية مدة خمس عشرة سنة فإنها تتحول بقوة القانون إلى قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء مقدما على غير ذلك ، أى إذا لم يتفقوا مقدما على أن قسمة المهايأة لا تنقلب إلى قسمة نهائية .

---

(١) " الأصل في الدعاوى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أنها معلومة القيمة ولايخرج عن هذا الأصل إلا الدعاوى التى ترفع بطلب غير قابل للتقدير فتعتبر مجهولة القيمة ، وإذ يبين من الحكم الصادر في الدعوى أن المدعى فيها أقامها بطلب الحكم باعتبار عقد قسمة المهايأة المؤرخ ٤/١٢/١٩٦٩ منتهيا وتمسك الطاعنون بأن هذا العقد غير محدد المدة ولا يجوز لأى من الطرفين طلب إنهائه إلا إذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته المبينة بالعقد ، وقضت المحكمة للمدعى بطلباته تأسيسا على أن العقد قسمة مهايأة مدته سنة فإن الدعوى تكون معلومة القيمة ويحتسب رسمها عملا بنص البند الثالث من المادة ٧٥ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ في شأن الرسوم القضائية في المواد المدنية ، بريع العقار موضوع ذلك العقد عن مدة سنة " .

(طعن رقم ٥٢٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ٧/٤/١٩٧٧)

وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى :

"... وتنقلـــب المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية دون أثر رجعى إذا دامـــت خمس عشرة سنة ، ما لم يتفق الشركاء مقدما على غير ذلـــك . وهذا تجديد خطير في المشروع، ولكنه تجديد له ما يبرره، فـــإن المهايـــأة المكانية التى تدوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب أحـــد في إنهائها هى خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء أن يصلوا إلـــيها ، وقـــد وصلوا إليها فعلا بالتجربة واطمأنوا لنتائجها ، فإن كانوا يريدون غير ذلك فما عليهم إلا أن يتفقوا مقدما على أن قسمة المهايأة لاتنقلب إلى قسمة نهائية "[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يشرط وفقا للمادة ٢/٨٤٦ من القانون المدنى حتى تتحول قســمة المهايـــأة المكانـــية إلى قسمة نهائية أن تدوم حيازة الشريك للجزء المفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، وأن لايكون الشـــركاء قـــد اتفقوا مقدما على خلاف ذلك . وإذا كان الثابت في الدعـــوى أن القسمة – قسمة نظر– لم تنقلب إلى قسمة نهائية لعدم مضـــى خمس عشرة سنة من وقت صدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الـــذى جعل ما انتهى فيه الوقف ملكا للمستحقين حتى تاريخ رفـــع الدعـــوى فى ١٩٥٩ ، فإن مقتضى ذلك اعتبار البائعين إلى

---

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٦ ص ١٣٩ .

الطاعن مازالوا مالكين لأنصبتهم على الشيوع فى الأعيان التى كانت موقوفة ومن بينها العقار موضوع قسمة النظر " .

(طعن رقم ٢٩٣ لسنة ٣٦ ق جلسة ٢٦ يناير ١٩٧١)

٢- " قسمة المهايأة المكانية لاتتحول إلى قسمة نهائية وفقا للمادة ٢/٨٤٦ من القانون المدنى إلا بدوام حيازة الشريك للجزء المفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، ما لم يتفق الشركاء مقدما على خلاف ذلك " .

(طعن رقم ٨٨١ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨١/٣/١٩)

٣- (أ)- " يشترط وفقاً لنص المادة ١/٨٤٦ من القانون المدنى حتى يتحول عقد قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية أن يستمر خمس عشرة سنة وأن لا يكون الشركاء قد اتفقوا مقدما على خلاف ذلك " .

(ب)- " إذ كان البين من عقد قسمة العقار محل التداعى أن طرفيه تراضيا على أن يختص الطرف الأول بالانتفاع بالدور الأول فوق الأرضى بكافة أوجه الانتفاع بالإضافة إلى الغرفتين الكائنتين أسفل الدور الأرضى وأن يختص الطرف الثانى بالانتفاع بكامل الدور الأرضى والحديقة وعلى أنه إذا أراد الطرف الأول تكملة الدور الأول فوق الأرضى على نفقته ، يكون له الانتفاع بهذه التكملة أيضاً انتفاعاً مستديماً مدى حياته وبشرط أن لايرجع على الطرف الثانى بشىء من تلك النفقات ، ويعتبر الطرف الثانى- في هذه الحالة – مالكاً لنصف التكملة دون مقابل باعتباره شريكاً بحق

النصف فى كامل أرض وبناء العقاروكان مؤدى العبارات الصريحة لهــذا العقــد أن طرفيه قد اتفقا على اقتسام المنفعة بوحدات العقار المذكــور فيما بينهما قسمة مهايأة مكانية مع بقاء الشيوع قائماً في ملكية الأرض والأجزاء المشتركة ، ومن ثم فإن استمرار هذا العقد نافذا لمدة خمس عشرة سنة لايترتب عليه تحول القسمة المكانية إلى قســمة نهائــية أو إنهــاء حالة الشيوع ، لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بأحقية المطعون ضــده الأول فـــي طلبه الأخذ بالشفعة استنادا إلى كونه شريكاً في الشيوع فى عقار التداعى – متى توافرت له الشرائط الأخرى– فإنه لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٥٤٢٤ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٤/١٠/١٩)

٢٠٨ـ ضرورة توافر الأهلية لتحول القسمة إلى قسمة نهائية :

يلــزم لانقــلاب المهايــأة المكانية إلى قسمة نهائية على النحو المتقدم أن يكون الشركاء الذين تم الاتفاق بينهم ابتداء على المهايأة كــاملى الأهلية ، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، فلا يجوز التمســك فـــي مواجهته بتحول المهايأة إلى قسمة نهائية بعد مضى خمــس عشرة سنة على الاتفاق المنشىء لها ، لأن المشرع أوجب مراعاة الإجراءات التى يفرضها القانون لقسمة المال الشائع إن كان بيــن الشــركاء مــن هو ناقص الأهلية (م٨٣٥ مدنى) ، فلا يقبل الاحــتجاج في مواجهته بحصول قسمة نهائية لم تتبع في شأنها هذه

الإجــراءات الــتى فرضها المشرع صيانة لمصلحة الشريك ناقص الأهلية(١) .

٢٠٩ - حيازة الشــريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة :

نصــت المادة ٢/٨٤٦ مدنى على أن : " ... إذا حاز الشريك علــى الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة " .

فقد وضع المشرع في هذا النص قرينة على أن حيازة الشريك لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة تستند إلى قسمة مهايــأة . وهـــى قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس ، إذ القاعدة في القرائــن عموما أنها قابلة لإثبات العكس ، فإذا لم يثبت العكس فإن حيازة الشريك لجزء مفرز مدة خمس عشرة سنة تؤدى إلى خلوص

---

(١) السنهورى ص ١٠٨٣ الهامش – محمد على عرفه ص ٤٥٥ – في هذا المعـــنى محمـــد كامل مرسى ص ١٨٠ هامش (١) وقارن عكس ذلك إسماعيل غانم ص١٨٣ – الصده ص ٢٥٨– منصور مصطفى منصور ص ١٩٩ – ويقــول إسماعيل غانم أنه : " ومادامت القسمة النهائية في هــذه الحالـــة ليست قسمة اتفاقية .... كما أنه لايمنع من انقلاب قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية أن يكون بين الشركاء شريك غير كامل الأهلية أو غائـــب ، ولا محل للاستناد إلى المادة ٨٣٥ فهى تقتصر على مجرد الإحالة إلى قانون الولاية على المال، وليس فى هذا القانون ما يمنع من تطبيق المادة ٢/٨٤٦ في هذه الحالة ".

ملكـية هـذا الجـزء مفرزة للشريك الحائز ، إعمال لهذه القرينة وللحكم الوارد في النص معا [(١)].

كمـا يجوز أيضا لباقى الشركاء أن يثبتوا أنه رغم استناد هذه الحـيازة إلـى قسمة مهايأة ، فإنه قد سبق أن اتفق على ألا تنقلب المهايأة إلى قسمة نهائية .

وفى قضت محكمة النقض بأن :

" وفقـا لنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ من القانون المدنى تنقلب قسمة المهايأة المكانية التى تدوم خمس عشرة سنة إلى قسمة نهائـية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك ، كما اعتبر المشرع في الشق الأخير من تلك الفقرة حيازة الشريك على الشيوع لجزء مفرز مـن المـال الشـائع مدة خمس عشرة سنة قرينة قانونية على أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة مما مؤداه أنه إذا لم يثبت عكس هذه القرينة فإن حيازة الشريك على الشيوع لجزء مفرز من المـال الشـائع تـؤدى إلى ملكيته لهذا الجزء إعمالا لهذه القرينة وللحكم الواردة فى صدر الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ المشار إليها ".

(طعن رقم ٣٣٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦)

---

(١) السـنهورى ص ١٠٨٠ – منصـور مصـطفى منصـور ص ١٩٨- إسـماعيل غانم ص ١٨٤- عبد المنعم الصده ص ٢٥٨- وعكس ذلك محمد على عرفه ص ٤٥٦ فيرى أن هذه القرينة قاطعة لأن المشرع لم يصرح بإثبات عكسها .

والشــريك الحائــز لايطالب في هذا الفرض بإثبات أن حيازته كانــت مستكملة للشروط القانونية ، لأنه لايستند إلى التقادم ، ولكنه يســتند إلى وقوع القسمة النهائية وفقا للحكم الخاص الوارد بالمادة ٨٤٦ مدنى فحسبه أن يثبت أن يده استمرت على هذا الجزء المفرز مدة خمس عشرة سنة لكى يعتبر مالكا إياه بأثر كاشف .

٢١٠- هل يجب تسجيل قسمة المهايأة المكانية ؟

ذهب رأى في الفقه إلى أن قسمة المهايأة ليست قسمة اتفاقية ، وإن كانــت ترجع في أصلها إلى اتفاق على قسمة مهايأة . ذلك أن تحــول قســمة المهايــأة إلــى قسمة نهائية إنما يتم بقوة القانون ، ولايصح القول أن هذا التحول مبنى على اتجاه إرادة الشركاء إليه، فقــد يجهل الشركاء القاعدة التى تنص عليها المادة ٢/٨٤٦، وهى مــع ذلك واجبة التطبيق ، فيكون في تأسيس هذه القاعدة على اتجاه الإرادة افتراض مخالف للحقيقة .

وينبنى على ذلك أنه لا حاجة إلى تسجيل القسمة إذا كان المال الشــائع عقــارا، إذ أن الأساس في وجوب التسجيل هو نص المادة ١٠ مــن قانون الشهر العقارى وهى تنص على تسجيل التصرفات والأحكــام المقررة ، فيكون عقد القسمة والحكم الصادر في القسمة

القضـــائية واجب التسجيل أما القسمة التى تتم بغير تصـرف أو حكم فلا تسجل [١].

وذهـــب رأى آخر إلى أنه إذا انقلبت قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بمضى خمس عشرة سنة ، فلا بد من كتابة ورقة مثبتة لهـا، فـإن اتفق الشركاء على كتابة هذه الورقة سجلت باعتبارها قســمة نهائــية ، ويعتــبر تاريخ هذه القسمة من وقت انتهاء المدة المذكــورة ، لا من وقت ابتداء المهايأة المكانية . وهذا هو المعنى المقصود من العبارة الواردة في المذكرة الإيضاحية من أن المهايأة المكانــية تنقلب إلى قسمة نهائية (دون أثر رجعى) ، فليس مقصودا بطبــيعة الحال من هذه العبارة أن تكون القسمة النهائية نفسها غير ذات أثر كاشف فهى ككل قسمة لها هذا الأثر [٢].

وهذا الرأى يوجب تسجيل القسمة للاحتجاج بها على الغير، كما هى القاعدة في القسمة الاتفاقية والقضائية .

---

(١) إسماعيل غانم ص ١٨٤ – منصور مصطفى منصور ص ١٩٩ – عبد المــنعم الصده ص ٢٥٨ ، إلا أن الدكتور الصده يذهب إلى أنه إذا وجد اتفــاق يقرّ هذه القسمة أو قام نزاع فصدر حكم في شأنها فإن هذا الحكم أو ذاك الاتفاق يجب تسجيله .

(٢) السنهورى ص ١٠٨٤.

وقــد أخـذت محكمـة النقض بالرأى الأخـير وقضت بتاريخ ١٩٦٩/٦/٢٦ في الطعن رقم ٣٣٢ لسنة ٣٥ ق بأن :

" إذا كان ما حازه الشريك وآلت إليه ملكيته عقارا فإنه لا يمكن الاحــتجاج بهذه الملكية على الغير إلا بتسجيل القسمة النهائية التى تحولت إليها قسمة المهايأة . ولايقدح في ذلك أن القسمة تحصل في هــذه الحالـــة بحكم القانون إذ الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قـــانون الشـــهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ توجب تسجيل كل قســمة عقاريـــة حتى تكون حجة على الغير دون أن تفرق في ذلك بيـــن القســمة العقارية التى تتم بالاتفاق أو بحكم القاضى أو بحكم القـــانون ، هذا إلى أن الأعمال التحضيرية للمادة ٨٤٦ من القانون المدنـــى صريحة في وجوب اتخاذ إجراءات الشهر العقارى بالنسبة للقســـمة الـــتى تتحول إلى قسمة المهايأة حيث ورد في قرار لجنة القـــانون المدنـــى فـــي محضر الجلسة السابعة والثلاثين أن النتائج العملية لحكم الفقرة الثانية تتحقق بالاتفاق أو عند النزاع بحكم ويتبع في أيهما إجراءات الشهر العقارى ".

٢١١ـ عــدم جــواز نقــض قســمة المهايــأة التى تتحول إلى قسمة نهائية بسبب الغبن :

رأيـــنا فيما سبق أن قسمة المهايأة التى تنقلب إلى قسمة نهائية وإن كانـــت تفترض وجود قسمة مهايأة تتم بالاتفاق ، إلا أنها ليست قسمة اتفاقية إذ تتحول إلى قسمة نهائية بقوة القانون .

ويترتب على عدم اعتبار هذه القسمة اتفاقية أنه لا يجوز طلب نقضها للغبن لأن دعوى نقض القسمة للغبن يقتصر بصريح عبارة المادة ٨٤٥ على القسمة الحاصلة بالتراضى [١].

٢١٢ـ قسمة المهايأة تكون باتفاق الشركاء أو بأمر القاضى إلى أن تتم القسمة النهائية :

قسمة المهايأة بنوعيها يجب أن تتم باتفاق الشركاء جميعا ، فلا يكفى فيها الأغلبية أيا كانت .

وفى حالة خاصة تكون قسمة المهايأة بأمر القاضى ، وقد نصت على هذه الحالة المادة ٨٤٩ مدنى ونحيل في بيان هذه الحالة إلى شرح المادة الأخيرة .

---

(١) السنهورى ص ١٠٣٨ الهامش – عبد المنعم الصده ص ٥٥٨- إسماعيل غانم ص ١٨٣ – منصور مصطفى منصور ص ١٩٩.

مادة (٨٤٧)

تكون قسمة المهايأة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته.

الشرح

قسمة المهايأة الزمانية :

٢١٣ـ المقصود بقسمة المهايأة الزمانية :

تتناول هذه المادة تعريف قسمة المهايأة الزمانية .

والمادة توضح أن قسمة المهايأة الزمانية هى التى يتناوب فيها الشـــركاء مـــنافع المـــال المشترك أزمانا بحسب حصصهم فيه . والغالـــب وقوع هذه القسمة في المنقولات ، حيث يستحيل أو يتعذر انـــتفاع سائر الشركاء فى نفس الوقت فيتفقون على تناوب الانتفاع بها بحسب حصصهم فيها . فإن كان لأحدهم الثلث وللآخر السدس وللثالث النصف اقتسموها قسمة مهايأة زمانية علىأن ينتفع صاحب النصـــف ثلاثـــة أشـــهر مثلا ، وصاحب الثلث شهرين ، وصاحب السدس شهر وهكذا فلا بد في المهايأة الزمانية من تعيين المدة لأنها معيار الانتفاع [1].

---

(١) عرفه ص ٤٥٧ .

٢١٤ـ مدة قسمة المهايأة الزمانية :

لم ينظم القانون مدة المهايأة الزمانية كما نظم مدة المهايأة المكانية ، ومن ثم تسرى القواعد العامة في هذا الشأن . ومقتضى هذه القواعد أنه يجوز للشركاء في المال الشائع الاتفاق على عدد من دورات التناوب في الانتفاع بالمال الشائع ، بشرط ألا يترتب على اتفاقهم إجبارهم على البقاء في الشيوع مدة تزيد على خمس سنين (١).

٢١٥ـ عدم تحول قسمة المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية :

لم ينص المشرع على تحول قسمة المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية كما فعل بالنسبة لقسمة المهايأة المكانية . لأن قسمة المهايأة الزمانية لا تتحول أبدا إلى قسمة نهائية مهما طالت مدتها ، لأنها تبقى المال الشائع شائعا على حاله دون إفراز ، وإنما تقسم زمن الانتفاع به ، فهى لاتهيئ للقسمة النهائية ومن ثم لا يمكن أن تنقلب إليها (٢).

---

(١) السنهورى ص ١٠٨٦.

(٢) وقد قضى بأنه : " يجوز تغيير صفة الحائز بعد انتهاء عقد قسمة المهايأة من حائز بسبب وقتى معلوم إلى حائز بقصد التملك ، إذا جابه هذا الحائز باقى الملاك المشتاعين بما يفيد قصده القاطع في التملك " .
(طعن رقم ١٢٧ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩/٥/١٩٧٠)

مـــادة (٨٤٨)

تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكـــام عقـــد الإيجار ، مادامت هذه الأحكام لاتتعارض مع طبيعة هذه القسمة .

الشـــرح

٢١٦ـ تطبيق قواعد الإيجار على قسمة المهايأة :

قسمة المهايأة – كما رأينا – قد تكون مكانية أو زمانية .

وفـــي المهايأة المكانية يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمـــنفعة جـــزء مفرز يوازى حصته في المال الشائع ، متنازلا في مقـــابل ذلـــك عن الانتفاع بباقى الأجزاء فهى إذن منفعة في مقابل مـــنفعة ، يحصـــل بمقتضاها كل شريك على الانتفاع بجزء مفرز مساو لحصته دون أن يزاحمه غيره من الشركاء في مقابل حصول الشركاء الآخرين على نصيبه هو في منفعة الأجزاء الأخرى .

وفـــي المهايأة الزمانية يحصل كل شريك في نوبته على نصيب باقى الشركاء فى المال الشائع – فيما يتعلق بالانتفاع به – في مقابل تنازله عن حقه في الانتفاع بحصته لكل من الشركـــاء الآخرين كل في نوبته .

فالمهايأة إذن بنوعيها هى مقايضة انتفاع ومقايضة الانتفاع بالانتفاع تكون إيجارا إذ ليس من الضرورى أن تكون الأجرة في الإيجار نقدا .

وفى هذا الإطار يكون كل شريك مؤجرا ومستأجرا ، فهو مؤجر لحصته ومستأجر لحصص الشركاء الآخرين [١].

من أجل هذا نصت المادة ٨٤٨ مدنى على أن : " تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار، مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة ".

(أنظر نقض ١٩٨٩/١٢/٦ المنشور ببند ٢١٩)

ونعرض في ضوء ذلك للمسائل الآتية .

٢١٧- (١)- الاحتجاج بقسمة المهايأة على الغير :

في الاحتجاج بقسمة المهايأة على الغير ، مثل المشترى للمال الشائع ، تطبق قواعد الإيجار ، فيسرى في هذا الشأن حكم المادة ٦٠٤ مدنى التى تقضى بأن :

" إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا أو جبرا إلى شخص آخر ، فلا يكون الإيجار نافذا في حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية .

---

(١) السنهورى ص ١٠٨٦ – محمد على عمران ص ٣٠٧ .

ومع ذلك يجوز لمن انتقلت إليه الملكية أن يتمسك بعقد الإيجار ولو كان هذا العقد غير نافذ في حقه " .

والعبرة في ثبوت تاريخ قسمة المهايأة أن يكون سابقا على انعقاد التصرف الذى انتقلت به الحصة الشائعة إلى الخلف الخاص، فلا يكفى أن يكون تاريخها سابقا على تسجيل هذا التصرف .

ولايجوز لمن انتقلت إليه ملكية العين ولم يكن الإيجار نافذا في حقه أن يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد التنبيه عليه بذلك في المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣ مدنى (١/٦٠٥ مدنى) .

فإذا نبه على المستأجر بالإخلاء قبل انقضاء الإيجار فإن المؤجر يلتزم بأن يدفع للمستأجر تعويضا ما لم يتفق على غير ذلك ، ولايجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعذ أن يتقاضى التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض (م ٢/٦٠٥ مدنى) [(١)].

٢١٨- (٢)- أهلية المتقاسمين :

لما كان كل شريك فى قسمة المهايأة بنوعيها ، يعتبر مؤجرا لمنفعة حصته ومستأجرا لمنفعة حصص باقى الشركاء ، فإنه يجب

---

(١) السنهورى ص ١٠٨٧ وهامش (٣) – منصور مصطفى منصور ص ١٣٦ – اسماعيل غانم ص ١٢٨ وما بعدها (هامش١) ، ص ١٥٥.

أن تـــتوافر فـــيه أهلية كل من المؤجر والمستأجر. وهى هنا أهلية الإدارة دون أهلية التصرف [١].

ويترتب على ذلك ما يأى :

١- أنه لايجوز للقاصر المأذون له بالإدارة أن يؤجر الأراضى الزراعية والمبانى لمدة تزيد على سنة إلا بإذن خاص من المحكمة أو الوصى فيما يملكه من ذلك (م٥٦ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) .

---

(١) الـــراجح فقهـــا وهو ما أخذت به محكمة النقض أن التأجير من أعمال الإدارة، أما الاستئجار ففيه خلاف . ففى رأى أنه من أعمال الإدارة وفى رأى آخـــر أنه يعتبر - بحسب الأصل - من أعمال التصرف وفى رأى ثالـــث أنـــه قد يكون من أعمال الإدارة وقد يكون من أعمال التصرف. ولامحل لهذا الخلاف فيما يتعلق بالقسمة فتعتبر من أعمال الإدارة إذ أن الحجـــة التى يستند إليها الرأى القائل أن الاستئجار من أعمال التصرف لاتســـتقيم مع طبيعة القسمة ، فهذا الرأى يستند إلى أن المستأجر حينما يلـــتزم بالأجـــرة فهو يلتزم بالتصرف بعوض فيما ينفعه ، وفى القسمة لايلـــتزم المتقاسم بالتصرف في شيء لأن الذى يقابل انتفاعه بجزء هو الـــتزامه بتمكين غيره من الانتفاع بالأجزاء الأخرى (منصور مصطفى منصور ص ١٣٦ هامش "١") . كما أن الرأى الذى يذهب إلى اعتباره أحيانا من أعمال التصرف يتطلب لذلك أن يكون قصد به رأسا استغلال المال بقصد المضاربة .

٢- أنـــه لايجوز للولى بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمـــدة تمـــتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة (م١٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) .

٣- أنـــه لايجـــوز للوصى تأجير عقار القاصر لمدة أكثر من ثـــلاث ســـنوات فـــي الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة في المـــبانى إلا بإذن من المحكمة . (م٧/٣٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢).

٤- أنـــه لايجوز للوصى تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة (م ٨/٣٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) .

٥- أنـــه لايجوز تأجير الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائبا عنه إلا بـــإذن المحكمـــة (م ٣٩/ خامس عشر من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) .

٦- أنه لايجوز لمن لايملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدتـــه على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة . فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك ، أنقصت المدة إلى ثلاث سنوات، كـــل هذا ما لم يوجد نص يقضى بغيره (م٥٥٩مدنى)، ومثل هؤلاء الوصى والقيم والوكيل العام [1].

---

(١) راجع منصور مصطفى منصور ص ١٣٧- اسماعيل غانم ص ١٣٩ – عرفه ص ٤٥٧ – السنهورى ص ١٠٨٧ هامش (٢) .

ومما تجدر الإشارة إليه أن المادة ٣٥ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعى[١] قد جعلت عقود إيجار الأراضى الزراعية - التى تزرع بالحاصلات العادية في نطاق سريانها الزمنى - ممتدة امتدادا قانونيا تلقائيا بعد انتهاء مدتها إذ نصت على أنه : " لايجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء الأطيان المؤجرة ولو عند انتهاء المدة المتفق عليها في العقد إلا إذا أخل المستأجر بالتزام جوهرى يقضى به القانون أو العقد ... الخ " [٢].

---

(١) معدلة بالقوانين ٤٠٥ لسنة ١٩٥٣ ، ٥٥٤ لسنة ١٩٥٥، ٥٢ لسنة ١٩٦٦ ، ٦٧ لسنة ١٩٧٥ .

(٢) فيلاحظ ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٣٣ مكررا (ز) من ذات المرسوم بقانون المستبدلة بالقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ من أنه : "تنتهى عقود إيجار الأراضى الزراعية نقدا أو مزارعة السارية وقت العمل بأحكام هذا القانون بانتهاء السنة الزراعية ١٩٩٧/٩٦ ، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك " .

وما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة المذكورة من أن : " وتسرى أحكام القانون المدنى بما فيها ما يتعلق بتحديد القيمة الإيجارية على عقود الإيجار المذكورة في الفقرتين السابقتين عند انقضاء مدة السنوات الخمس المشار إليها " .

وما نصت عليه المادة الثالثة من القانون ٩٦ لسنة ١٩٩٢ سالف الذكر من أنه: " تسرى على عقود إيجار الأراضى الزراعية التى تبرم اعتبارا من تاريخ العمل بهذا القانون الأحكام الواردة في الفصل الأول من الباب الثانى من الكتاب الثانى من القانون المدنى " .

كمـــا أن المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعــض الأحكـــام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجــر والمســتأجر ، أسبغت الامتداد القانونى سالف الذكر على الأماكن المبنية التى يسرى عليها حكم المادة الأولى من القانون رقم ٤٩ لســنة ١٩٧٧ بنصــها على أنه : " لايجوز للمؤجر أن يطلب إخـــلاء المكـــان ولـــو انتهت المدة المتفق عليها فى العقد إلا لأحد الأسباب الآتية .... الخ " .

غير أن هذا الامتداد القانونى للإيجار يتعارض مع طبيعة قسمة المهايـــأة، وقد نصت المادة ٨٤٨ من التقنين المدنى على أن أحكام عقــد الإيجار لاتطبق على قسمة المهايأة إلا إذا كانت " لاتتعارض مع طبيعة هذه القسمة " (١).

كما أن استبعاد تطبيق مبدأ الامتداد القانونى للإيجار على قسمة المهايـــأة ، يلقـــى ســنده في أن هذا المبدأ يهدف إلى حماية طبقة المســتأجرين مـــن تعسف المؤجرين ومن ثم فقواعده قاصرة على الإيجـــار الزراعى وإيجار الأماكن . أما قسمة المهايأة فهى بمثابة الإيجار وليست إيجارا بالمعنى الدقيق ، ومن ثم فإن استبعاد قواعد

---

(١) في هذا المعنى محمد على عمران ص ٣٠٧- وإن كان يذهب إلى عدم إعمال الامتداد القانونى لعقد الإيجار إذا كان يترتب عليه إجبار الشركاء على البقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات .

قانونى الإصلاح الزراعى وإيجار الأماكن يستند إلى سببين هما انتفاء مظنة الاستغلال التى أراد هذان القانونان منعها ، وأن هذه القواعد قواعد استثنائية فلا يتوسع في تفسيرها [1].

٢١٩- (٣) - حقوق والتزامات طرفى المهايأة :

تسرى على حقوق والتزامات طرفى المهايأة أحكام عقد الإيجار مادامت . هذه الأحكام لاتتعارض مع طبيعة القسمة .

ويترتب على ذلك على سبيل المثال :

١- يلتزم الشركاء جميعا بالترميمات الضرورية ، ويسهم الشريك الذى اختص بمنفعة جزء معين في النفقات التى تقتضيها هذه الترميمات (م ٥٦٧ مدنى) .

أما الترميمات التأجيرية فتكون على الشريك الذى اختص بالجزء الذى يحتاج إلى الترميم (م ٥٨٢ مدنى) .

٢- تسرى أحكام عقد الإيجار فيما يتعلق بالتزام سائر الشركاء بتسليم العين التى اختص بها الشريك بمقتضى القسمة، وفيما يتعلق بالتزامهم قبله بالضمان .

٣- تسرى أحكام الإيجار فيما يتعلق بالتزام الشريك باستعمال العين فيما أعدت له وعدم التغيير فيها والمحافظة عليها بما في ذلك مسئوليته عن الحريق وبردها عند انتهاء مدة القسمة، وإلا كان غاصبا .

---

(١) أحمد سلامه ص ٢٦٨ هامش – السنهورى ص ١٠٨٨ هامش (١) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٦٩/٢/١١ في الطعن رقم ٦٦ لسنة ٣٥ ق بأن :

" مقتضى المادة ٨٤٧ من القانون المدنى هو أن قسمة المهايأة الزمنية للمال الشائع لاتنهى حالة الشيوع بين الشركاء فيه ولاتعدو الغاية منها تنظيم علاقة هؤلاء الشركاء لاقتسام منفعة ذلك المال بأن يتناوبوا الانتفاع به كل منهم مدة مناسبة لحصته فيه بما يعنى مقايضة انتفاع بانتفاع كما هو الحال في عقد الإيجار. وإذ تقضى المادة ٨٤٨ التالية للمادة السالفة الذكر بخضوع قسمة المهايأة من حيث حقوق والتزامات المتقاسمين لأحكام عقد الإيجار إلا فيما يتعارض مع طبيعة هذه القسمة ، فإن مؤدى هذين النصين أن يلتزم الشريك المهايئ كما يلتزم المستأجر طبقا لنصوص القانون المدنى في الإيجار بأن يرد العين المشتركة لشركائه فيها بعد انتهاء نوبته في الانتفاع بها وإلا كان غاصبا ويلزم بتعويض هؤلاء الشركاء عما يصيبهم من ضرر " .

أما الالتزام بدفع الأجرة فهو يتعارض مع طبيعة القسمة لأن انتفاع كل شريك بما اختص به يكون في مقابل انتفاع غيره بالأجزاء الأخرى أو بذات العين مدة أخرى [1].

---

(١) منصور ص ١٣٧ – غانم ص ١٣٠.

٤- لاتســرى على قسمة المهايأة ما تنص عليه المادة ٣٢ من قــانون الاصــلاح الـزراعى- إبان العمل بها - من أن : " يكون تأجــير الأراضـــى الزراعــية لمن يتولى زراعتها بنفسه ولايجوز للمســتأجر تأجــيرها مــن الباطن أو التنازل عن الإيجار للغير أو مشــاركته فــيها " ، وما تنص عليه المادة ١٨/ج من القانون رقم ١٣٦ لســنة ١٩٨١ مــن أنه : " لايجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكــان ولــو انتهت المدة المتفق عليها في العقد إلا لأحد الأسباب الآتــية : .... (ج) إذا ثبــت أن المســتأجر قــد تنازل عن المكان المؤجــر، أو أجــره من الباطن بغير إذن كتابى صريح من المالك للمســتأجر الأصلى ، أو تركه للغير بقصد الاستغناء عنه نهائيا ... الــخ " باعتبار هذين النصين من النصوص الاستثنائية ، وقد قصد المشــرع من النص الأول منع استغلال الوسطاء لصغار الفلاحين والقضاء على المضاربة في إيجار الأراضى الزراعية ، وقصد من الــنص الــثانى المحافظــة علــى أن يكون شغل المستأجر للمكان بالأجــرة المحــددة ناشئا عن ضرورة حقيقيه دون أن يتخذه وسيلة للاســتغلال والــربح بأن يؤجره من باطنه أو يتنازل عنه للغير أو يــتركه له بقصــد الاســتغناء عنه نهائيا ، والغالب أن يكون ذلك بإيجــار مــرتفع ارتفاعا فاحشا يثرى به على حساب المالك وهذان الأمران لا محل لهما في القسمة.

وواضح من قضاء حديث لمحكمة النقض أنها تأخذ بهذا الرأى، إذ قضت بتاريخ ١٩٨٩/١٢/٦ في الطعن رقم ١٠٣٠ لسنة ٥٢ ق بأن :

" النص في الفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ من القانون المدنى يدل على أن للشركاء على الشيوع في الملكية أن يتفقوا على قسمة المهايأة لمدة معينة فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك فيختص كل منهم بجزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع فيستقل بإدارته واستغلاله والانتفاع به سواء بنفسه أو بواسطة غيره دون باقى الشركاء . ذلك أن الشريك بمقتضى هذه المهايأة يحصل على نصيب باقى الشركاء في منفعة الجزء الذى اختص به في مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو في منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى ، ويعتبر الشريك مؤجرا لمنفعة حصته ومستأجرا لمنفعة حصص الباقى من الشركاء وتطبق القواعد الخاصة بالإيجار - فيما يتعلق بحقوقه والتزاماته وجواز الاحتجاج بالقسمة على الغير، ويكون له تأجير الجزء المفرز الذى اختص به إيجارا نافذا في حق باقى الشركاء الذين يمتنع عليهم ممارسة هذا الحق لالتزامهم بضمان عدم التعرض ولو كانوا أصحاب أغلبية الحصص في ملكية المال الشائع وتكون الإجارة الصادرة منهم للغير نافذة في مواجهة الشريك صاحب الحق في استغلال وإدارة هذا الجزء ويحق لهذا الشريك أن يحتج بهذه القسمة قبل الغير الذى استأجر من باقى الشركاء بعد

القسـمة ولـو لم يكن عقد القسمة مشهرا إذ يعتبر الشريك في حكم المسـتأجر لهـذا الجـزء وطبقاً للقواعد الخاصة بعقد الإيجار فإنه لايلزم شهره للاحتجاج به على الغير " .

٢٢٠- (٤)- إثبات قسمة المهايأة [١] :

تثبـت قسمة المهايأة طبقاً لأحكام إثبات الإيجار، ومن ثم فإنها تخضـع فـي إثـبات لحكـم القواعد العامة . فيجوز إثباتها بالبينة والقرائـن إذا كان محل القسمة لا تزيد قيمته على خمسمائة جنيه ، وبالكـتابة ومـا يقوم مقامها فيما يزيد على ذلك (م ٦٠ من قانون الإثبات معدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩) .

وتسـرى هـذه القاعدة ولو كان محل القسمة أرضا زراعية أو أحد الأماكن الخاضعة لأحكام الباب الأول من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فـي شـأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر .

---

(١) كانـت المادة ٩١٩ من مشروع الحكومة تبيح إثبات المهايأة بكل الطرق فـيما عدا المدة فكانت تشترط إثباتها بالكتابة أو ما يقوم مقامها ، وإلا اعتـبرت غير معينة المدة ، وقد أقر مجلس النواب هذا النص (م٩١٧) ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترحت حذفه لمخالفته للقواعد العامة في الإثبات في غير حاجة ، فأضيفت إلى المادة ٨٤٨ من القانون عـبارة (وطـرق الإثبات) وبذلك أصبح الحكم خضوع المهايأة للقواعد العامـة فـي الإثـبات " مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٣٥ ومابعدها" .

ومـــن ثم إذا كان محل القسمة أرضا زراعية فلا انطباق لحكم الفقرة الأولى من المادة ٣٦[1]- إبان سريانها - التى تقضى بأن :

(١) هذه الفقرة أبقى عليها القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعى - كما أنه لم يكن هناك محل لتطبيق أحكام الفقرة الثانية من المادة المذكورة والمادتين ٣٦ مكـــررا ، ٣٦ مكـــررا (ب) الملغـــاة جميعا بالقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ سالف الذكر وكانت هذه النصوص تجرى على أن :

مادة (٢/٣٦) : ويحرر العقد من ثلاث نسخ على الأقل توقع من أطرافه، ويحـــتفظ كـــل من المتعاقدين بنسخة منها وتودع نسخة أخرى بالجمعية التعاونـــية الزراعـــية المختصـــة في القرية الكائنة في زمامها الأطيان المؤجـــرة . فإذا لم توجد جمعية في تلك القرية فيكون الإيداع بالجمعية التعاونـــية الزراعية المشتركة في المركز التابعة له القرية . ويقع عبء الالتزام بالإيداع على المؤجر " .

مادة (٣٦ مكررا) : إذا امتنع المؤجر عن إيداع عقد الإيجار بالجمعية التعاونـــية الزراعية المختصة أو إذا امتنع أحد الطرفين عن توقيع عقد الإيجار - وجب على الطرف الآخر أن يبلغ ذلك إلى الجمعية التعاونية الزراعية المختصة .

وعلى رئيس مجلس إدارة الجمعية أو من ينيبه المجلس في ذلك أن يحيل الأمر إلى المحكمة الجزئية المختصة .

وعلـــى المحكمة أن تتحقق من قيام العلاقة الإيجارية ومن نوعها بكافة طرق الإثبات - فإذا ثبت لها قيام العلاقة الإيجارية أصدرت قرارا بذلك وكلفت رئيس الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بتحرير العقد وتوقيعه

"يجـــب أن يكون عقد الإيجار مزارعة أو نقدا ثابتا بالكتابة أيا كانت قيمـــته وكذلـــك كل اتفاق على استغلال أراضى زراعية ولو كانت لزرعة واحدة ".

وإذا كـــان محـــل القسمة مكانا يخضع لأحكام الباب الأول من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فلا انطباق لحكم المادة ٢٤ التى تنص على أنه : " اعتبارا من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون تبرم عقود الإيجار كتابة ويجب إثبات تاريخها بمأمورية الشهر العقارى الكائن بدائـــرتها العين المؤجرة ... ويجوز للمستأجر إثبات واقعة التأجير وجميع شروط العقد بكافة طرق الاثبات ... الخ " .

نـــيابة عـــن الطرف الممتنع – وتسلم نسخة من العقد إلى كل من طرفيه وتـــودع نســـخة مـــنه بالجمعية مع صورة رسمية من قرار المحكمة – ويكون هذا العقد ملزما للطرفين " .

مادة (٣٦ مكررا ب) : " لاتقبل المنازعات والدعاوى الناشئة عن إيجار الأراضى الزراعية مزارعة أو نقدا أمام أية جهة إدارية أو قضائية ما لم يكن عقد الإيجار مودعا بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة .

فـــإذا كـــان عقد الإيجار مكتوبا ولم تودع نسخة منه بالجمعية التعاونية الزراعـــية المختصـــة ، فلا تقبل المنازعات والدعاوى الناشئة عن هذا العقد ممن أخل بالالتزام بالإيداع " .

والعلــة فــي ذلك ليست فقط لانتفاء مظنة الاستغلال التى أراد القانونـــان المذكوران محاربتها ولكن أيضا لأن المستأجر هنا يعتبر مالكا من بعض الوجوه (١).

---

(١) أحمد سلامه ص٢٦٨ وما بعدها- جميل الشرقاوى ص١١٨ هامش (٣) وقــارن منصور مصطفى منصور ص ١٣٧ وما بعدها - فيرى تطبيق المــواد ٣٦، ٣٦ مكــررا، ٣٦ مكرر (أ) - قبل إلغاء الفقرة الثانية من المــادة ٣٦ وإلغاء المادتين ٣٦ مكررا، ٣٦ مكررا (أ) - وينتقد الرأى الوارد بالمتن بقوله " .. فأولا الواضح من عبارة نص المادة ٨٤٨ مدنى أن قسمة المهايأة تخضع من حيث الإثبات للقواعد الخاصة بالإيجار، وإذ كان صحيحا أن نص المادة ٣٦ إصلاح ، وهو يقرر حكما استثنائيا، لم يكــن موجودا وقت وضع التقنين المدنى ، إلا أن أصول التفسير تؤدى إلــى وجوب تطبيق أحكام الإيجار على قسمة المهايأة سواء ما كان منها موجــودا وقــت وضع التقنين المدنى وما يستجد منها بعد ذلك فلا محل إذن للقــول أن المشــرع أراد إخضاع قسمة المهايأة للقواعد العامة في الإثبات وثانيا: لايصح استبعاد تطبيق المادة ٣٦ على أساس أنه لاتوجد مظــنة استغلال الشركاء بعضهم لبعض ، لأنه ليس من المقطوع به أن الــنص لم يقصد به سوى حماية المستأجرين من استغلال الملاك ، فهذا الــنص يمكن بصورته الحالية الجمعيات التعاونية من العلم بمن له حق زراعــه الأرض حــتى يتيســر لها القيام بوظائفها المختلفة في شئون الــزراعة ، وبالتالى لايخلو تطبيق النص على قسمة المهايأة من فائدة. وثالــثا وأخيرا لايصح القول أن نص المادة ٣٦ يتعارض كله مع طبيعة القسمة ، إذ يمكن أن يطبق على الوجه الذى يلائم طبيعة القسمة ، وذلك على النحو الذى بينلهفي المتن ".

مادة (٨٤٩)

١- للشركاء أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال الشائع مهايأة بينهم ، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية .

٢- فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة ، جاز للقاضى الجزئى إذا طلب منه ذلك أحد الشركاء أن يأمر بها ، بعد الاستعانة بخبير إذا اقتضى الأمر ذلك .

الشرح

٢٢١- اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة حتى تتم القسمة النهائية :

أجاز النص أن يتفق الشركاء على قسمة مهايأة مؤقتا – غالبا ما تكون مكانية – أثناء السير في إجراءات القسمة النهائية حتى تتم هذه القسمة ، وذلك لكى يضع حدا للمنازعات التى تسبق القسمة النهائية .

وهذه القسمة المؤقتة تظل نافذة حتى تتم القسمة النهائية وبصرف النظر عن المدة التى تستغرقها إجراءات هذه القسمة ،

فهـــى لاتخضـــع فـــى تحديـــد المدة للأحكام الواردة بالمادة ٨٤٦ مدنى[١].

وبناء على ذلك إذا استمرت إجراءات القسمة أكثر من سنة، فلا يجـــوز إنهاء المهايأة المؤقتة بإعلان أحد الشركاء إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر ، أنه لايرغب في التجديد وفقا لما تقضى به المادة ٨٤٦ مدنى .

٢٢٢ـ قسمة المهايأة المؤقتة بأمر القاضى :

إذا تعـــذر اتفـــاق جمـــيع الشركاء على قسمة المهايأة حتى تتم القسمة النهائية ، جاز لأى من الشركاء أن يطلب من القاضى الأمر بهـــا ، ويأمـــر القاضى بها ، إذا كان هناك من الظروف ما يبرر فـــرض المهايأة المؤقتة على سائر الشركاء . وللقاضى أن يستعين بخبـــير ، وغالبا ما يكون هذا الخبير هو الذى ندبه لإجراء القسمة النهائية [٢].

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٥٨ -منصور مصطفى منصور ص ١٣٥ ومابعدها.

(٢) وكانت المادة ١٢٢٠ من المشروع التمهيدى تنص على أن : " إذا كانت القسمة النهائية ضارة بمصالح الشركاء على الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة ١٢٠٢، ولم يكن ميسورا أن يدار المال الشائع إدارة مشتركة ، فللقاضـــى الجزئى ، بناء على طلب الشركاء، أن يأمر بقسمة المهايأة بعـــد الاستعانة بخبير أو دون استعانة ". وكانت الفقرة الثانية من المادة ١٢٠٢ المشـــار إليها تقضى بأن : " ومع هذا فللمحكمة، بناء على طلب

....

أحد الشركاء ، أن تأمر باستمرار الشيوع، حتى إلى ما بعد الأجل المتفق علـــيه ، وحتى لو لم يوجد أى اتفاق على البقاء في الشيوع، وذلك متى كانـــت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء، كما لها أن تأمر بالقسمة فـــي الحـــال، حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه، إذا وجد سبب قوى يبرر ذلك ".
إلا أن الفقرة الثانية المذكورة حذفت فى لجنة المراجعة ، فحذفت تبعا لها المادة ١٢٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٠٠ ومابعدها ص ١٣٨ – الهامش) .

مـــادة (٨٥٠)

لـــيس للشـــركاء فـــى مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغـــرض الـــذى أعـــد له هذا المال ، أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع .

الشـــــرح

الشيوع الإجبارى :

٢٢٣ـ المقصود بالشيوع الإجبارى :

بعـــد أن نظـــم المشـــرع الملكـــية الشائعة بوجه عام ، عرض بنصوص خاصة للشيوع الإجبارى .

وقـــد تناولت المادة ٨٥٠ تعريف المقصود بالشيوع الإجبارى . ويتضـــح مـــن هذه المادة أن الفرق الجوهرى بين الشيوع العادى والشـــيوع الإجـــبارى هو أن الثانى شيوع دائم لايصح فيه لأى من الشـــركاء طلب إنهائه بالقسمة فهو يختلف عن الشيوع المؤقت فيما إذا اتفـــق الشركاء على البقاء فى الشيوع مدة معينة ويبرر الشيوع الدائـــم أن الغرض الذى أعد له المال الشائع يقتضى أن يبقى هذا المـــال دائمـــا فـــى الشيوع . فقسمة هذا النوع من المال من شأنها تعطـــيل الاستفادة منها وعرقلة الانتفاع بها أو أن طبيعته تنفر من القســـمة ، ولذلـــك يجـــب أن تبقى هذه الأجزاء المشتركة دائما فى الشيوع.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" الشـــيوع الإجبارى هو شيوع دائم لايجوز طلب القسمة فيه ، فهـــو يختلف عن الشيوع المؤقت فيما إذا اتفق الشركاء على البقاء فى الشيوع مدة معينة . ويبرر الشيوع الدائم أن الغرض الذى أعد لــــه المال الشائع يقتضى أن يبقى هذا المال دائما فى الشيوع. مثل ذلـــك قنطرة شائعة بين الملاك المجاورين يعبرون عليها للطريق العـــام ، فالغرض الذى أعدت له القنطرة هنا يقتضى أن تبقى دائما شائعة ، ولايصح طلب القسمة فيها مثل ذلك أيضا الحائط المشترك وقـــد تقـــدم بيانه والأجزاء المشتركة فى ملكية الطبقات (م١٢٢٧) وسيأتى ذكرها " [١].

٢٢٤ـ نوعا الشيوع الإجبارى :

يميز الفقه بين نوعين من الشيوع الإجبارى هما :

١ – الشيوع الإجبارى الأصلى :

وهو الشيوع الذى يكون محله أشياء مخصصة بطبيعتها لخدمة جماعـــة مـــن الأفراد على وجه دائم ، كمبانى المدافن العائلية فى الجبانات .

أمـــا أراضى الجبانات فهى من الأموال العامة ، والبناء عليها إنما يكون بترخيص إدارى .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ١٤١ .

٢- الشيوع الإجبارى التبعى :

وهــو الشيوع الذى يكون محله أشياء مملوكة على الشيوع لعدة ملاك ومخصصة لخدمة عقارات يملكها كل منهم ملكية مفرزة .

والــنوع الثانى يفوق فى أهميته النوع الأول وتتعدد حالاته فى العمــل . ومن هذا الحالات حالتان خصهما المشرع بتنظيم تفصيلى الحالـــة الأولـــى هى حالة الحائط المشترك (م ٨١٤- ٨١٧) ، فهو يفصل بين عقارين مملوك كل منها ملكية مفرزة لأحد الشريكين فى الحـــائط، وهو مخصص لخدمة هذين العقارين . والحالة الثانية هى حالة المنازل المقسمة طبقاتها أو شققها إلى ملكيات مفرزة بين عدة ملاك (م٨٥٦- ٨٦٩) ، إذ تكون بعض أجزاء المنزل مشتركة بين هؤلاء الملاك .

على أن الشيوع الإجبارى التبعى لايقتصر على هاتين الحالتين، فمـــن صوره العملية حالة المسقاة المملوكة لعدة ملاك على الشيوع فيما بينهم مع تخصيصها لدى الأراضى التى يملكها كل منهم ملكية مفـــرزة . ويتحقق ذلك عملا إذا شق مالك أرض مسقاة خاصة فيها ثـــم يتوفى عن عدة ورثة ، فقد يرى الورثة عند قسمة الأرض أن يبقوا المسقاة شائعة بينهم مع تخصيصها لرى الأجزاء التى يختص بها كل منهم . ومثل المسقاة فى ذلك البئر الذى يغترف منه كل من مالكـــيه المياه اللازمة للعقار الذى يملكه ملكية خالصة ، ومثل ذلك

الممر أو الفناء الذى يبقيه الشركاء فى الشيوع بعد اقتسام الأراضى المحيطة به . ففى هذه الحالات جميعا يكون الشيوع تبعيا إذ أن محله عقارات ملحقة بعقارات أخرى مملوك كل منها ملكية مفرزة، وهو شيوع إجبارى إذ واضح من الغرض الذى خصص له الممر أو الفناء أو البئر أو المسقاة – وهو خدمة العقارات التى يملكها كل من الشركاء- أنه يجب أن يبقى دائما فى الشيوع (١).

والشيوع الإجبارى لا يرد إلا على العقارات ، لأن طبيعة الأشياء لاتقتضى الاشتراك فى منقول على الدوام لخدمة عدة عقارات بحيث تمتنع قسمته . فإذا أمكن أن نتصور نظريا تحقق مثل هذا الفرض . كما إذا خصص مولد للكهرباء لإنارة منزلين متجاورين مثلا، فإننا نكون فى الواقع بصدد عقار بالتخصيص فتنتفى بذلك الضرورة المسوغة لقيام الشيوع الإجبارى (٢).

غير أن الشيوع الجبرى قد يرد استثناء على المنقولات كما فى الأوشحة والوثائق والصور العائلية (٣).

---

(١) اسماعيل غانم ص ٢٧٧ وما بعدها – محمد وحيد سوار ص ٤٣٨ ومابعدها .

(٢) محمد على عرفه ص ٤٦٠ – محمد وحيد سوار ص ٤٣٨ .

(٣) محمد وحيد سوار ص ٤٣٨ هامش (٢) .

٢٢٥ـ طبيعة حق الشريك فى الشيوع الإجبارى :

ذهـــب رأى قديـــم إلى أن الشيوع الإجبارى هو بمثابة ارتفاق متـــبادل علـــى اعتبار أن لكل شريك فيه ملكية مفرزة محملة بحق ارتفـــاق لملكية الشركاء الآخرين ففى الممر المشترك مثلا ، يكون نصـــف الممر مملوكا ملكية مفرزة للمالك المجاور لهذا النصف ، ولهذا المالك حق ارتفاق بالمرور فى النصف الآخر . وهذا النصف الآخر مملوك أيضا ملكية مفرزة للمالك المجاور له ، ولهذا المالك حق ارتفاق بالمرور فى النصف الأول .

إلا أن هـــذا الرأى قد هجر وأصبح السائد الآن أن حق الشريك فـــى الشيوع الجبرى هو حق ملكية شأنه فى ذلك شأن حق الشريك فـــى الشـــيوع العادى . لكل مالك حقوق المالك على الجزء الشائع برمته ، وعليه واجباته .

وكل ما يتميز به هذا النوع من الشيوع عن الشيوع العادى هو عدم إمكان طلب القسمة ، إذ أن حالة الضرورة التى أملت الشيوع تقتضى بقاءه على الدوام ، ما بقيت الأوضاع المبررة لوجوده [1].

---

(١) الســـنهورى ص ٣٠٨- محمد على عرفه ص ٤٦٠- محمد وحيد الدين سوار ص ٤٣٩ وما بعدها - رمضان أبو السعود ص ١٢٠.

ويترتب على هذا التكييف نتائج هامة نذكر منها :

١- إذا فصل الطريق المشترك بين بنائين ، فلمالك كل بناء أن يفتح مطلا مواجها على بناء جاره . والمسافة التى يتركها هى متران من حافة الطريق الملاصقة لأرض الجار ، لا من منتصف الطريق كما ينبغى أن يكون الأمر لو أن الوضع كان ملكية مفرزة لنصف الطريق مصحوبة بحق ارتفاق بالمرور .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الثابت من الأوراق أن الشارع المطلوب سد المطلات المفتوحة عليه كان قد أنشأه مالك الأرض في أرضه وأعده لمنفعة المبانى التى تقام فيها على جانبه فإن هذا الشارع يكون من الملحقات الضرورية لتلك المبانى مخصصا لمنفعتها المشتركة . وبالتالى فإنه يكون مملوكا لأصحابها على الشيوع الجبرى ، أى معدا للبقاء مؤبدا ولاتجوز فيه القسمة . ومتى كان ذلك كذلك فإن المشترين من هذا المالك يكون حقهم على هذا الشارع حق الشريك في الملك على الشيوع لاحق ارتفاق عليه ، فلهم قانونا الحق في سد الفتحات التى يحدثها عليه من عداهم من الملاك الآخرين ".

(طعن رقم ١٢٩ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/١١/٢)

٢- لاينقضـــى حق المالك في الشيوع الإجبارى بعدم استعمال الجزء المشترك مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، في حين أن حقوق الارتفاق تنتهى بعدم استعمالها طوال هذه المادة (م ١٠٢٧ مدنى) .

٣- لايسرى على الشيوع الجبرى بعض الأحكام الخاصة بحق الارتفاق ومن تلك الأحكام :

(أ)- حكـــم المـــادة ٢/١٠٢٣ مدنـــى والتى تجيز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب نقل الارتفاق إلى وضع آخر من العقار أو إلى عقـــار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبى إذا قبل الأجنبى ذلك إذا كان الوضـــع الـــذى عيـــن أصلا قد أصبح من شأنه أن يزيد من عبء الارتفـــاق أو أصبح الارتفاق مانعا من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به .

(ب)- حكم المادة ١٠٢٨ مدنى التى تقضى بأن : " ينتهى حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق . ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق ، إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال ".

(ج)- حكـــم المـــادة ١٠٢٩ مدنى والتى تقضى بأن : " لمالك العقـــار المـــرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم يبق له غير فائدة محدودة لاتتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به " .

(د) حكـــم المادة ١٠٢٠/٢ مدنى والتى تقضى بأنه لايجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أى زيادة في عبء الارتفـــاق ، بل إن للمالك في الشيوع الإجبارى أن يستعمل الجزء المشترك لمواجهة الحاجات الجديدة لعقاره .

علـــى أن النتائج المتقدمة كلها لاتترتب إلا حيث يتحقق الشيوع الإجـــبارى ، ولما كان ذلك رهنا بتحقق حالة الضرورة التى يمتنع معهـــا طلب القسمة ، فإن تقدير قيام هذه الضرورة أمر موضوعى يستقل بتقديره قاضى الموضوع . فإذا رأى أن قسمة الجزء الشائع لـــيس من شأنها أن تعطل الانتفاع به ، أو أن تحول دون استعماله فـــيما أعـــد له ، جاز له أن يأمر بقسمته فله مثلا أن يأمر بقسمة[١] فـــناء مشترك بين منزلين ، إذا تبين أن لكل منهما فناء آخر مستقلا يكفى لتحقيق الغرض الذى أعد له الفناء المشترك .

ويجوز أيضا أن يتفق الملاك على جعل الجزء المشترك محملا بارتفاق متبادل ، بدلا من اعتباره في حالة شيوع إجبارى ، ويتحقق ذلك عملا بأن يكون هناك مالكان متجاوران يملك كل منهما نصف ممـــر مشترك ملكية خالصـــة ، ولكن نظرا لضيق الجزء الذى يملكه كـــل منهما ، وعدم كفايته لمواجهة حاجات منزله ، يتفقان على أن

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٦٠ وما بعدها – رمضان أبو السعود ص ١٢٠ ومابعدها .

يحمل كل منهما الجزء الذى يملكه بحق ارتفاق لمصلحة العقار المملوك لجاره ، فعندئذ تطبق أحكام الارتفاق ، ولاتسرى أحكام الشيوع الإجبارى(١).

٢٢٦- أحكام الشيوع الإجبارى :

إذا كان الشيوع الإجبارى يتميز عن الشيوع العادى بالقاعدة الأساسية التى وضعها المشرع وهى عدم جواز طلب القسمة ، فهناك أحكام أخرى تميز هذا الشيوع استخلصها الفقهاء من الخاصة المميزة وهى إعداد المال الشائع ليبقى على الدوام في الشيوع مستعينين فى ذلك بالأحكام التفصيلية التى وضعها المشرع للحالات الخاصة التى عنى بتنظيمها ونبين ذلك فيما يلى :

١- سلطة التصرف :

إذا كانت القاعدة فى الشيوع العادى أن الشريك له أن يتصرف في حصته لمن يشاء ، ففى الشيوع الإجبارى لايجوز للشريك أن يتصرف في حصته تصرفا يتعارض مع الغرض الذى أعد له هذا المال. وتطبيقا لهذا لايجوز للشريك في مدافن الأسرة أو أوراقها الخاصة أن يتصرف في حصته لأجنبى ، كما لايجوز للشريك في الشيوع الإجبارى التبعى أن يتصرف في حصته في المال الشائع إلا مع العقار الذى تعتبر هذه الحصة من توابعه .

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٦١ وما بعدها .

٢- سلطة الاستعمال :

حقـوق الشركاء في استعمال المال الشائع شيوعا جبريا أوسع نطاقـا من حقوقهم في الشيوع العادى . فلكل شريك استعمال المال الشائع كما لو كان مملوكا له بالكامل بشرط ألا يغير من تخصيص المـال الشـائع ولايستخدمه بطريقة تؤدى إلى الانتقاص من حقوق باقي الشركاء وأن يراعى في هذا الاستخدام أن يكون قاصرا على خدمـة العقارات التى أعد هذا المال لخدمتها وليس لمنفعة عقارات أخرى . وبالتطبيق لذلك يجوز للشريك في فناء شائع أن يفتح عليه مطـلات إذا كان عرض الفناء كله أزيد من المسافة القانونية ، كما لـه الحـق في صرف مياهه المنزلية ومياه الأمطار إذا كان في الفـناء متسـع لها . وللشريك أن يحدث تعديلات من شأنها تحقيق مـنفعة شخصية في استعماله دون حاجة لاستئذان شركائه فله ردم أرض الفـناء وتعليتها أو أن يجرى أعمال حفر في الفناء لتوصيل المياه والكهرباء إلى عقاره . كما يجوز للشريك في طريق مشترك أن يقيم على جانبيه سورا لتحسين منظره بشرط ألا يؤدى ذلك إلى تعطيل أو عرقلة المرور فيه ... إلخ .

ولكـن لايجوز للشريك في فناء مشترك أن يبنى فيه مخزنا أو يشـغله بمهمات أو أدوات تعوق استخدامه أو أن يحوطه بسور إذا كان الفناء مخصصا للمرور أو التهوية ... الخ[1] .

---

(١) اسـماعيل غـانم ص ٢٨٢ ومابعدها - رمضان أبو السعود ص ١٢١ ومابعدها .

٣- نفقات إدارة المال الشائع وحفظه :

يلـتزم الشركاء في الشيوع الإجبارى كما هو الحال في الشيوع العـادى ، بالمسـاهمة فـي نفقات إدارة المال الشائع وحفظه وفى الضـرائب وسائر التكاليف المقررة عليه . ولا صعوبة في تطبيق هذه القاعدة إذا كان الشيوع الإجبارى أصليا ، إذ يتحدد نصيب كل شـريك فـي الـنفقات بنسبة حصته في المال الشائع ، وهى ذات القـاعدة الـتى تحكـم الشيوع العادى (م ٨٣١) . أما في الشيوع الإجبارى التبعى فقد أورد المشروع قاعدتين مختلفتين في الحالتين اللتين عنى بتنظيمهما ففى الحائط المشترك رأينا أن المادة ٢/٨١٤ تـنص على أن نفقات إصلاحه أو تجديده، إذا ما أصبح غير صالح للغـرض الذى خصص له ، تكون على الشركاء كل "بنسبة حصته فيه " .

وفى ملكية الطبقات سنرى أن المادة ٨٥٨ تنص على أن يكون نصـيب كل مالك في تكاليف الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذى له في الدار . فيتعين اختيار إحدى هاتين القاعدتين لتصميمها علـى حالات الشيوع الإجبارى التبعى التى لم يرد في شأنها نص خـاص. والعدالة تقتضى تصميم القاعدة الثانية ، فتقسم النفقات بين الشركاء بنسبة قيمة العقارات التى خصص الشيء الشائع لخدمتها مالم يوجد اتفاق على غير ذلك [١].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٢٨٣ ومابعدها - عبد المنعم البدراوى ص ٢٠١ .

ولمـــا كان التزام الشريك – في الشيوع الإجبارى- بالمساهمة فـــي نفقات الصيانة يعد بمثابة تكليف عينى يقع على العقار الشائع ذاتـــه ويتـــبعه بالتالى تحت أى يد يكون ، فإنه من الممكن للشريك الـــتخلص مـــن هذا الالتزام بالتخلى عن ملكية حصته الشائعة في المـــال الشـــائع لباقى شركائه في هذا المال. وهذا التخلى يعد عملا قانونيا من جانب واحد لايلزم فيه موافقة باقى الشركاء .

ولا يلزم فيه أى شكل خاص هذا مع ملاحظة أن التخلى لايعفى الشريك من التزامه بنفقات الصيانة الناجمة عن سوء استعماله للمال المشـــترك ، فمصـــدر الـــتزامه هنا هو الخطأ وبالتالى فهو التزام شخصى لايبرأ منه إلا بالوفاء به .

غير أنه يستثنى من ذلك الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات، حيـــث لايحـــق للشـــريك أن يـــتخلى عن نصيبه فيها للتخلص من الاشتراك في تكاليف حفظها (١).

---

(١) محمد وحيد سوار ص ٤٤٣ .

ملكيـــة الأســـرة :

مــادة (٨٥١)

لأعضــاء الأســرة الواحــدة الذيــن تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة . وتتكون هذه الملكــية إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكــا للأسرة وإما من أى مال آخر مملوك لهم اتفقوا على إدخاله في هذه الملكية .

الشـــرح

٢٢٧ـ أساس التنظيم الخاص لملكية الأسرة :

لاحــظ المشـــرع أنـــه كثيرا ما يبقى أفراد الأسرة الواحدة في الشـــيوع بعد موت المورث ، لجامع يجمعهم ، إما أن يكون وحدة العمـــل كمـــا لـــو كانت التركة مالا من أموال الاستغلال كأرض زراعـــية أو محـــل تجـــارى يســـتغلونه جميعا معا أو يقوم أحدهم بالاســـتغلال لحساب لنفسه ولحساب الباقين ، وإما أن يكون وحدة المصـــلحة فيما لايتصل بالاستغلال ، كما لو كانت العين الموروثة منزلا يسكنونه جميعا .

وقـــد رأى المشرع أن يفرد لملكية الأسرة تنظيما خاصا تراعى فـــيه تلـــك الـــرابطة الخاصة التى تربط المشتاعين فيما بينهم وهم أعضـــاء أســـرة واحدة . ولكنه جعل تطبيق هذا النظام متوقفا على اتفـــاقهم علـــى إنشـــاء ملكية الأسرة ، إذ أن مجرد كون الشركاء

المشــتاعين أعضاء أسرة واحدة لا يدل دلالة قاطعة على قيام تلك الــرابطة القويـــة التى تبرر هذا النظام الخاص ، فلا يكفى لتطبيق أحكامه مجرد بقاء أعضاء الأسرة في الشيوع بعد موت مورثهم .

ومن ناحية أخرى ، فإن المشرع ، وإن كان ما دفعه إلى تنظيم ملكــية الأسرة هو ما لاحظه من بقاء كثير من الأسرة في الشيوع بعــد مــوت المورث ، لم يجعل إنشاء ملكية الأسرة مقصورا على هــذه الحالة ، بل أجاز أن يتفق أعضاء الأسرة على تكوين ملكيتها من مال يقدمه كل منهم دون أن يرجع أصله إلى تركة مشتركة .

٢٢٨ـ إنشاء ملكية الأسرة بالاتفاق كتابة :

أوجبت المادة أن يكون إنشاء ملكية الأسرة بالاتفاق كتابة . ولم تشــترط المادة نوعا معينا من الكتابة ، ومن ثم لايشترط أن تكون الكتابة رسمية ، فيكفى أن تكون في ورقة عرفية .

والكــتابة هناك للانعقاد لا للإثبات، فالاتفاق غير المكتوب يقع باطلا، ولو أقر به المتعاقدان ، أو وجهت فيه اليمين [١].

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" والكتابة هنا شرط للانعقاد لا لمجرد الإثبات " [٢].

---

(١) الســنهورى ص ١٣٨٤ – محمــود جمال الدين زكى ص ٢٤٥ – عبد المنعم البدراوى ص ٢٠٤.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٥٢ .

والسبب في اشتراط الكتابة أن ملكية الأسرة تدوم عادة مدة طويلة ، قد تصل إلى خمسة عشر عاما - كما سنرى- فوجب أن يكون الاتفاق مكتوبا حتى يرجع إليه عند الحاجة طوال هذه المدة.

ولم ينص المشرع على الأهلية اللازمة لإنشاء ملكية الأسرة . غير أن الرأى الغالب فى الفقه يذهب إلى وجوب توافر أهلية التصرف في أطراف الاتفاق . أى أن يكون طرف الاتفاق بالغا رشيدا غير محجور عليه . إذ يترتب على الاتفاق بإنشاء ملكية الأسرة إشراك كل من الأعضاء في مال يقدمه غيره ، وإشراك غيره في مال يقدمه . كما أنه يقيد من حريته في التصرف- كما سنرى- وفى الوقت ذاته يعطى لمن يدير هذه الملكية سلطات واسعة تجاوز في كثير من الأحيان حدود الإدارة المعتادة .

وعلى ذلك إذا كان العضو الذى يدخل في ملكية الأسرة غير متوافر الأهلية ، وجبت مراعاة [1] الأحكام التى قررها قانون

---

(١) من هذا الرأى السنهورى ص ١٣٨٥ - محمود جمال الدين زكى ص ٢٤٥ - رمضان أبو السعود ص ١٥٣ - محمد عمران ص ٣٥٨ ومابعدها - اسماعيل غانم ص ٢٧٢ - وعكس ذلك محمد على عرفه ص ٤٦٧ إذ يكتفى بتوافر أهلية الإدارة ويقول :" ونرى أنه يكفى لانعقادها توافر أهلية الإدارة فى منشئيها ، فلا يلزم أن يكون كل منهم أهلا للتصرف . وذلك لأن إنشاء هذه الملكية إنما يكون بقصد استغلال الأموال الداخلة فيها على خير الوجوه ، وظاهر أن هذا العمل من أعمال الإدارة لا من أعمال التصرف ، فإذا وجد بين أعضاء الأسرة من هو

الولايـــة على المال في شأن التصرف فى أموال القاصر . ومن ثم يجب على الوصى أو القيم الحصول على إذن المحكمة لإدخال مال القاصر أو المحجور عليه ضمن ملكية الأسرة .

٢٢٩ـ يجب أن يضم الاتفاق أعضاء أسرة واحدة :

تنص المادة على أن : "لأعضاء الأسرة الواحدة .... الخ". فهى تشترط لإنشاء ملكية الأسرة أن يكون الشركاء أعضاء أسرة واحدة.

ويفسر الشراح المقصود بأعضاء الأسرة الواحدة بالرجوع إلى المـــادة ٣٤ مدنى وهى تنص على أن " ١- تتكون أسرة الشخص من ذوى قرباه .

ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك " .

وتطبـــيقا لذلك لاتنعقد ملكية الأسرة بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر [١].

قاصـــر جاز لوصيه أن ينوب عنه فى الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة مـــن تـــركة يرث فيها القاصر، دون استئذان المحكمة الحسبية (محكمة الأحـــوال الشخصية الآن) فى ذلك . ويدعم هذا النظر أن الشريك فى ملكـــية الأسرة ليس مجبرا على البقاء فيها طوال المدة المتفق عليها، بل لــــه أن يطلـــب إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوى لذلك (م ٨٥٢) .

(١) الدكـــتور محمد كامل مرسى الحقوق العينية الأصلية جـــ٢ ١٣٦٨ هـــ ١٩٤٩م ص١٩٦ – محمد على عرفه ص ٤٦٦ – عبد المنعم البدراوى ص ٢٠٤ – محمد وحيد الدين سوار ص ٤٣٢ .

ومع التسليم بأن لفظ " أعضاء الأسرة الواحدة " في المادة ٨٥١ لايتسع للأصهار ، فإن الاستناد إلى المادة ٣٤ غير مقبول ، إذ يترتب عليه أن اتفاق زوجين على إنشاء ملكية للأسرة بينهما يكون اتفاقا باطلا إذا لم يكونا من ذوى القربى ، مع أن الأساس الذى يقوم عليه التنظيم القانونى الخاص الذى وضعه المشرع لملكية الأسرة هو تلك الرابطة القوية بين الشركاء ، وهذه الرابطة هى عادة أقوى ما تكون بين الزوجين . هذا فضلا عن أن الزوجين ، في التعبير الدارج ، يعتبران أعضاء أسرة واحدة . ولذلك فالمصلحة تقتضى تفسير عبارة المادة ٨٥١ بالرجوع إلى معناها الدارج لا إلى المعنى الذى حددته المادة ٣٤ . ويؤيد هذا أن المشرع في كثير من النصوص يعبر بلفظ " الأقارب" أو " ذوى القربى " عندما يقصد الإشارة إلى أعضاء الأسرة الواحدة فيما عدا الزوجين . ولم يكن يعجزه التعبير بهذا اللفظ في المادة ٨٥١ إذا كان قد أراد تحريم الاتفاق بين الزوجين على إنشاء ملكية الأسرة[١].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٢٧٠- السنهورى ص ١٣٨٥ ومابعدها – منصور مصطفى منصور ص ٢٣٣ – نعمان خليل جمعه ص ٢٢٦ – عبد المنعم الصده ص ٢٦٤ وما بعدها .

٢٣٠ـ وجود وحدة مشتركة فى العمل أو المصلحة :

تـــنص المادة على أن : " لأعضـاء الأسرة الواحدة التى تجمعهم وحـــدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة ... الخ " – وقد ذهب البعض إلى أن المادة تشترط أن يجمع هؤلاء الأقـــارب وحـــدة مشـــتركة فى العمل أو المصلحة ، كما إذا اتفق أعضـــاء الأســـرة على استغلال مال الأسرة استغلالا معينا يقتضى وحدة الإدارة ، ومثل ذلك أن يكون مال الأسرة تركة يحسن بقاؤها كـــتلة متماســـكة حتى يمكن استغلالها على حيز الوجوه كمتجر أو مصنع [1].

بيـــنما ذهـــب آخرون – بحق- أن هذا ليس في الحقيقة شرطا بالمعنى الدقيق لانعقاد الاتفاق على ملكية الأسرة ، بل هو الغرض الـــذى لايتصور بغيره اتفاق أعضاء الأسرة فيما بينهم على إنشاء تلـــك الملكية ، أى أن المشرع إذ نص في المادة ٨٥١ على وحدة العمـــل أو المصلحة ، لم يكن يبين شرطا يترتب على تخلفه بطلان الاتفـــاق علـــى ملكية الأسرة ، بل كان يريد الإشارة في النص إلى العلة التى من أجلها يقدم أعضاء الأسرة على إبرام هذا الاتفاق [2].

---

(١) عـــبد المنعم البدراوى ص ٢٠٤ – محمد على عرفه ص ٤٦٦- محمد لبيب شنب ص ٣٨٠.

(٢) اسماعيل غانم ص ٢٧٠ وما بعدها – محمد وحيد الدين سوار ص ٤٣٣ هـــامش (١) – ويؤيـــد هذا ما قرره معالى السنهورى باشا عند مناقشة

٢٣١- الأموال التى تتكون منها ملكية الأسرة :

الأموال التى تتكون منها ملكية الأسرة قد تكون على حد تعبير المـادة ٨٥١ مدنى تركة ورثها أعضاء الأسرة، واتفقوا على جعلها كلهـا أو بعضها ملكا للأسرة ، أو أموالا أخرى مملوكة لهم ، وهذا أقـرب إلـى الشركة . ويكون المقصود من استغلال هذه الأموال استغلالا معينا يقتضى وحدة الإدارة .

ويصح أن تكون هذه الأموال عقارية أو منقولة ، أو حقوقا في ذمـة الغـير ، ويصـح أن تكون مجموعة من الأموال كمشروع تجارى أو صناعى .

وإذا كانـت الأمـوال عقارية وجب تسجيلها طبقا للمادة ٩ من قانون الشهر العقارى ، حتى لو كان العقار مملوكا على الشيوع بين أعضاء الأسرة قبل الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة .

ولايدخل فى ملكية الأسرة إلا الأموال المملوكة فعلا لأعضائها وقـت إنشائها ، فلا يصح أن تتضمن ملكية الأسرة الأموال التى قد تؤول ملكيتها في المستقبل لأعضائها .

المـادة بلجـنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ " إن المفروض ألا تنشأ الملكـية المشتركة إلا أن تجمع بين أفراد الأسرة الواحدة وحدة العمل أو المصلحة " – (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ١٤٤) .

وبناء على ذلك يبطل الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة من تركة مستقبلة لمخالفة مثل هذا الاتفاق لنص المادة ١٣١ مدنى التى تحرم التعامل على تركة مستقبلة [١].

والاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة من الأموال الحالة والمستقبلة يقع باطلا حتى بالنسبة إلى الأموال الحالة ، لأن تصحيح الاتفاق بالنسبة لهذه الأموال يتعارض مع قصد المتعاقدين [٢].

ولايصح أيضا أن يكون محل هذه الملكية ما لا يحوزه أحد المتعاقدين بنية تملكه بالتقادم ، فمثل هذا المال لايعتبر مملوكا وقت الاتفاق على إدخاله في ملكية الأسرة . وهو شرط لازم لصحة إنشائها .

---

(١) السنهورى ص ١٣٨٨ وما بعدها - رمضان أبو السعود ص ١٥٢- محمد على عرفه ص ٤٦٦- عبد المنعم الصده ص ٢٦٥.

(٢) محمد على عرفه ص ٤٦٦.

مــادة (٨٥٢)

١- يجــوز الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة لمدة لاتزيد على خمـــس عشـــرة ســـنة ، على أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمـــة الإذن له في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوى لذلك .

٢- وإذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين ، كان لكل شريك أن يخـــرج نصـــيبه مـــنها بعـــد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته في إخراج نصيبه .

الشـــــرح

٢٣٢ـ مدة ملكية الأسرة :

ملكية الأسرة لابد أن تكون مؤقتة ، ولايجوز أن تزيد المدة فيها على خمس عشرة سنة .

وبذلـــك تختلف مدة ملكية الأسرة عن مدة الشيوع العادى ، إذ فـــي الشيوع العادى لايصح الاتفاق على البقاء فيه لمدة لاتزيد على خمس سنوات (م ٨٣٤ مدنى) .

٢٣٣ـ حالة تحديد مدة لملكية الأسرة :

إذا تـــم تحديـــد مدة لملكية الأسرة ، فإنه لايجوز أن تزيد على خمـــس عشرة سنة ، فإذا اتفق على مدة تزيد على ذلك أنقصت إلى هـــذا الحـــد. ولكن لايوجد ما يمنع من تحديد المدة مرات متعاقبة ،

بشرط أن يقع الاتفاق على التحديد بعد انقضاء المدة السابقة ، وإلا حسبت المدة الجديدة من وقت التحديد لا من وقت انقضاء المدة السارية .

فإذا لم يتم تجدد المدة بعد انقضائها ، ولم يطلب أحد القسمة ، بقى أفراد الأسرة في الشيوع . ولكن الشيوع هنا يكون شيوعا عاديا لا شيوع ملكية الأسرة [1].

ومادامت مدة ملكية الأسرة قائمة فالقاعدة أنه لايجوز لأى من الشركاء طلب القسمة .

٢٣٤ـ طلب الشريك إخراج نصيبه من ملكية الأسرة :

أجازت الفقرة الأولى من المادة لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل الأجل المتفق عليه ، إذا وجد مبرر قوى لذلك . فقد يجد أحد الشركاء نفسه ، قبل انقضاء المدة المحددة ، في حاجة ملحة للمال الذى وضعه في ملكية الأسرة ، أو يكون قد انتقل من الجهة التى كان يقيم فيها بجوار ملكية الأسرة فلا يصبح مستطيعا أن يتابع سير العمل والإدارة في هذه الملكية ، أو تكون العلاقة بينه وبين أعضاء الأسرة الآخرين قد ساءت إلى حد لا يرجى معه العودة إلى

---

(١) السنهورى ص ١٣٩٠- اسماعيل غانم ص ٢٧٣ .

التفاهم[١]. وقد يكون ذلك لسداد ديونه أو لاستثمار نصيبه في فرصة نادرة تحقق له أو لأنجاله فائدة كبيرة [٢].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" على أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انتهاء الأجل المتفق عليه إذا كان هناك مبرر قوى لذلك . كما إذا اقتضت ظروفه الخاصة أن ينقل عمله إلى مقر آخر ، أو احتاج إلى مال ، أو وقع بينه وبين أعضاء الأسرة خلافٍ لا أمل في تسويته [٣].

وتقدير جدية المبرر أو عدم جديته أمر موضوعى، يستقل بتقديره قاضى الموضوع ، وليس لمحكمة النقض رقابة عليه بشرط أن يبنى قضاءه على أسباب تكفى لحمله ، فإن هو قضى بإخراج نصيب الشريك الراغب في ذلك دون أن يبين في حكمه الأسباب التى دعته إلى قبول هذا الطلب، أمكن الطعن في حكمه بالنقض لقصور أسبابه [٤].

---

(١) السنهورى ص ١٣٩٠ – عبد المنعم البدراوى ص ٢٠٥ – محمود جمال الدين زكى ص ٢٤٧ .

(٢) نعمان جمعة ص ٢٢٧ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٥٣ .

(٤) محمد على عرفه ص ٤٦٨ وما بعدها .

٢٣٥ـ حالة عدم تحديد مدة لملكية الأسرة :

إذا لم يتفق على مدة لملكية الأسرة ، فإنه يجوز لكل شريك أن يخـرج نصيبه منها بعد انقضاء ستة أشهر من يوم إعلان الشركاء برغبته في ذلك .

ولم يتطلب المشرع في هذا الإعلان شكلا خاصا ، فلا يشترط أن يكـون بإنذار رسمي بل يصح حصوله بخطاب موصى عليه أو بخطاب عادى أو حتى شفاهة ، ويقع على هذا الشريك عبء إثباته.

ويـبدأ سـريان المدة المذكورة من تاريخ وصول الخطاب إلى المرسل إليه لا من تاريخ تصديره .

ولايلـزم الشريك بتبرير سبب رغبته في إخراج نصيبه، ولكن علـيه ألا يتعسـف فـي استعمال حقه في إنهاء الاتفاق على ملكية الأسرة ، وذلك وفقا للقواعد العامة [1].

على أن مدة ستة الأشهر المنصوص عليها في القانون لإخراج نصيب الشريك من ملكية الأسرة ، يجوز امتدادها إذا قضى العرف بذلـك ، كما هو الحال في الملكية الزراعية ، فلا يجوز للشريك أن يخرج نصيبه منها إلا بعد جنى المحصول القائم في الأرض ، ولو انقضت مدة تزيد على ستة أشهر بين يوم الإعلان وجنى المحصول، لأن السـماح بإخـراج نصيب الشـريك قبل ذلك يضر بمصالح

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٣٨١ .

الشـــركاء الآخريـــن ، كما يخل بالغرض المقصود من إنشاء ملكية الأســـرة ابتداء [١] وقد كانت المادة ٩٢١ من مشروع القانون الذى أقره مجلس النواب تقضى بتحكيم العرف في هذه الحالة ، فأشارت لجـــنة العـــدل بمجلس الشيوخ بحذف هذه العبارة لأن العرف الذى يشـــير إليه هذا النص لم ينشأ بعد ، ولكنها أضافت أنه إن نشأ في المســـتقبل لـــن يكـــون هناك ما يحول دون تطبيقه [٢]. والواقع أن العـــرف فـــي شـــأن الأراضى الزراعية يقضى دائما بانتظار جنى المحصـــول لإنهاء جميع الاتفاقات المتعلقة بها ، فيجب تحكيم هذا العرف في خصوص ملكية الأسرة .

وإذا أخـــرج أحد الشركاء نصيبه ، بعد انقضاء ستة أشهر من الإعلان ، فإن هذا لا يعتبر قسمة للمال الشائع بين الشركاء، فيصح أن يكـــون إعطـــاء الشريك نصيبه عن طريق التجنيب ، بل يصح إعطاؤه مقابل نصيبه نقدا إذا تعذر التجنيب [٣].

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٦٨ – السنهورى ص ١٣٩٠ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٤٦ .

(٣) السنهورى ص ١٣٩٠ وما بعدها هامش (٥) .

مـــادة (٨٥٣)

١- لـــيس للشـــركاء أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمـــة، ولايجـــوز لأى شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبى عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا .

٢- وإذا تملـــك أجنبى عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضاء هـــذا الشـــريك أو جبرا عليه ، فلا يكون الأجنبى شريكا في ملكية الأسرة إلا برضائه ورضاء باقى الشركاء .

الشـــــرح

٢٣٦ـ عدم جواز طلب القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة:

يـــبقى نصـــيب الشريك شائعا في ملكية الأسرة طالما أن ملكية الأســـرة قائمـــة . ومن ثم لايجوز له طلب القسمة . فإذا كانت مدة الشيوع خمس عشرة سنة ظل الشريك مجبرا على البقاء في الشيوع طـــوال هـــذه المـــدة . وفى هذه تختلف ملكية الأسرة عن الشيوع العادى حيث لايجبر الشريك على البقاء في الشيوع أكثر من خمس سنوات .

٢٣٧ـ عدم جواز تصرف الشريك في نصيبه لأجنبى إلا بموافقة الشركاء جميعا :

تـــنص الفقرة الأولى من المادة على أنه لايجوز لأى شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبى عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا.

والحكمة من تقرير هذا الحكم- كما تقول المذكرة الإيضاحية- "أن تبقى الملكية مقصورة على أفراد الأسرة بقدر الإمكان "(١). ذلك أن نظام ملكية الأسرة يقوم - كما ذكرنا سلفا - على أساس ما يوجد بين أعضاء الأسرة الواحدة من رابطة ، وقد يتضررون من وجود أجنبى بينهم ، ولهذا فليس هناك ما يمنع الشريك من التصرف في نصيبه إلى شريك آخر دون حاجة إلى موافقة باقى الشركاء لانتفاء مظنة الضرر (٢).

وبذلك تبدو سلطة الشريك في التصرف أضيق نطاقا من حق الشريك في الشيوع العادى .

ويذهب الرأى الغالب إلى أن التصرف المحظور يشمل التصرف الناقل للملكية ، معاوضة أو على سبيل التبرع ، كما يشمل الرهن (٣).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٥٣ .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٣٢٩ .

(٣) السنهورى ص ١٣٩٥ هامش (١)- محمود جمال الدين زكى ص١٩٨ - عبد المنعم البدراوى ص ٢٠٥ هامش(١) - اسماعيل غانم ص ٢٧٥- وعكس ذلك منصور مصطفى منصور ص ٢٣٩ ويذهب إلى أن : " ونرى قصر عدم جواز التصرف على التصرفات التى يترتب عليها حق للمتصرف إليه يسمح له بالتدخل في استغلال المال ، وبالتالى لايسرى المنع على الرهن الرسمى لأن كل ما يهدد الشركاء في حالة

٢٣٨- تملك الأجنبى عن الأسرة حصة أحد الشركاء :

تـنص الفقـرة الثانية من المادة على أنه إذا تملك الأجنبى عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضاء هذا الشريك أو جبرا عليه ، فلا يكـون الأجنبى شريكا في ملكية الأسرة إلا برضائه ورضاء باقى الشركاء .

فـبعد أن حظـرت الفقرة الأولى من المادة على أى شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبى عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا.

عرضت الفقرة الثانية للفرض الذى يتملك الأجنبى عن الأسرة حصـة أحـد الشركاء برضاء هذا الشريك بغير التقيد بحكم الفقرة الأولـى ومقتضى حكم هذه الفقرة أنه إذا وافق باقى الشركاء على تصرف أحدهم في نصيبه لأجنبى ، فإن هذا التصرف يؤدى إلى أن يصـبح الأجنـبى مالكا لهذا النصيب ، وبالتالى يكون له أن يطلب إخـراجه من ملكية الأسرة ، ولكن لايصبح هذا الأجنبى شريكا في ملكية الأسرة لمجرد رضاء باقى الشركاء ، بل لابد من رضائه هو

الرهن الرسمى هو أن ينفذ الدائن المرتهن على الحصة المرهونة فتباع جبرا، وواضح من الفقرة الثانية من النص ، حيث يسلم المشرع بإمكان تملـك أجنبى عن الأسرة حصة أحد الشركاء جبرا عليه ، أن المنع من التصرف المنصوص عليه في الفقرة الأولى لايحول دون دائنى الشريك والتنفيذ على حصته " .

بـــالدخول في ملكية الأسرة ، فإذا لم يرض التزم الشركاء بتجنيب نصيبه الذى اشتراه ، أى بإخراجه من ملكية الأسرة .

ومفاد ما تقدم أنه لابد من صدور موافقة باقى الشركاء مرتين، مـــرة عـــند تصرف الشريك في نصيبه لأجنبى ، ومرة أخرى عند استبقاء هذا النصيب في ملكية الأسرة . وبهذا تنتفى شبهة التعارض مـــا بيـــن فقرتى المادة ، إذ عند مناقشات لجنة القانون المدنى في مجلـــس الشيوخ لاحظ أحد الأعضاء أن حكم الفقرة الثانية مناقض للحكـــم الـــوارد فـــي الفقـــرة الأولى التى تحرم على أحد الشركاء التصـــرف فـــي نصـــيبه لأجنبى إلا بموافقة الشركاء ، بينما الفقرة الثانـــية يفهم منها جواز التصرف لأجنبى . فقرر معالى السنهورى باشا بأن حكم الفقرة الثانية هو حكم خاص بالشريك الذى يتصرف فـــي نصيبه بغير التقيد بحكم الفقرة الأولى . وقد رأت اللجنة تعديل الفقـــرة الثانية باستبدال عبارة " فلا يكون الأجنبى شريكا في ملكية الأســـرة " ، بعبارة " فلا يشترك الأجنبى في ملكية الأسرة " وذلك حـــتى يتبين بوضوح أن الأجنبى يخرج بنصيبه ولايشترك في باقى ملكية الأسرة [١].

ويســـرى حكـــم الفقرة الثانية على حالة تملك أجنبى حصة أحد الشركاء جبرا عنه ، كما لو حجز على هذه الحصة وبيعت بالمزاد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ١٤٨ وما بعدها .

العلـــنى ورســا المـــزاد علـــى أجنبى ففى هذه الحالة لايصبح هذا الأجنـــبى شريكا، ولابد أيضا موافقة تصدر من الشركاء على قبوله شريكا بملكية الأسرة .

٢٣٩- جـــواز الحجز على ملكية الأسرة :

لئن كانت القاعدة أن المنع من التصرف يستتبع حتما عدم جواز الحجــز ، فكان الأصل أنه لايجوز الحجز على نصيب الشريك في ملكـــية الأســـرة لأنـــه لايجوز له التصرف فيه بدون موافقة سائر الشـــركاء . ولكـــن الظاهـــر أن المشرع أجاز الحجز على نصيب الشريك في ملكية الأسرة حين أشارت الفقرة الثانية من المادة ٨٥٣ إلى أنه يجوز أن يمتلك الأجنبى حصة الشريك جبرا عنه .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " كما يجوز لدائن أحد الشركاء أن ينفذ على نصيب مدينه وأن يبيعه جبرا لأجنبى "[1].

ويـــرى الـــبعض أن هذا الحكم ثغرة فتحها المشرع في نطاق ملكية الأسرة ، إذ يجوز لأحد الشركاء أن يستدين وينفذ الدائن على نصـــيبه فيصـــبح شـــرط عـــدم التصرف في الحصة بدون رضاء الشـــركاء جميعا معدوم القيمة عملا ، وأنه كان الأولى بالمشرع أن يحـــيط هـــذا الـــنظام الـــذى استحدثه بضمانات جدية كفيلة بتحقيق الغايات التى حدت بالمشرع إلى استحداثه [2].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ١٥٣ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٢٠٧ ومابعدها – محمد على عرفه ص ٤٧٠.

مادة (٨٥٤)

١- للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للإدارة واحدا أو أكثر ، وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير في الغرض الذى أعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الانتفاع بهذا المال ، ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك .

٢- ويجوز عزل المدير بالطريقة التى عين بها ولو اتفق على غير ذلك ، كما يجوز للمحكمة أن تعزله بناء على طلب أى شريك إذا وجد سبب قوى يبرر هذا العزل .

الشرح

إدارة ملكية الأسرة :

٢٤٠ـ من له حق الإدارة ؟

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة تنص على أن : " للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للإدارة واحدا أو أكثر " – فمن يملك تعيين المدير أو المديرين هم الشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص ، أى أغلبية الشركاء محسوبة على أساس قيمة الأنصباء .

ويشترط أن يكون المدير أوالمديرون من بين الشركاء أنفسهم ، فلا يصح أن يكون المدير أجنبيا على عكس المدير فى الشيوع العادى.

وإذا كانت الأغلبية فى تعيينها للمدير تتقيد بأن يكون هذا المدير مـن الشـركاء ، فمـن الواضح أنه يمكن تعيين مدير أجنبى ولكن بشرط إجماع جميع الشركاء عليه [١].

٢٤١ـ سلطـة المديـر :

سلطة المدير فى ملكية الأسرة أوسع بكثير من سلطة المدير فى الشـيوع العـادى فالمديـر فى ملكية الأسرة لاتقتصر سلطته على أعمـال الإدارة المعـتادة . بـل إن من سلطته أيضا القيام بأعمال الإدارة غـير المعـتادة . وعلى هذا نصت الفقرة الأولى من المادة بقولهـا : " وللمديـر أن يدخـل على ملكية الأسرة من التغيير فى الغـرض الـذى أعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الانتفاع بهذا المال ، ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك " .

وفـى هذا تختلف سلطة المدير فى ملكية الأسرة عن المدير فى المـال الشائع . فقد سبق أن رأينا أن التغيير فى الغرض الذى أعد لـه المال الشائع لا يمكن أن يتم إلا بموافقة الشركاء المالكين على الأقـل لثلاثة أرباع المال الشائع ، وأن للأقلية الاعتراض على هذا القرار أمام المحكمة خلال شهرين من وقت إعلان القرار للأغلبية المعترضـة . أمـا فى ملكية الأسرة فإن الأغلبية العادية هى التى تخـتار المدير ، ولهذا المدير مباشرة الأعمال الخارجة عن حدود

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٣٨٣ .

الغرض الذى أعد له المال ، دون أن يكون للأقلية أن تتظلم من أى عمل من هذه الأعمال ، بل إن الأقلية نفسها لايجوز لها أن تعترض علـــى أعمـــال المدير هذه إذا لم تكن قد سلبته هذه السلطة الواسعة باتفاق خاص .

وكل ما للأقلية من حق أن تطلب من المحكمة عزل المدير إذا وجد سبب قوى يبرر هذا العزل [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" .... ولهـــذا المديـــر سلطة أوسع من سلطة المدير فى المال الشائع التى سبق تحديدها . فهو يقوم بأعمال الإدارة المعتادة وغير المعتادة ، فله أن يدخل على الملكية من التغييرات ومن التعديل فى الغـــرض الذى أعدت له ملكية الأسرة ما يحسن به طرق الانتفاع ، إلا إذا ســـلب المديـــر هـــذه السلطة الواسعة باتفاق خاص . وليس للأقلـــية أن تـــتظلم من عمل معين من أعمال الإدارة ، ولكن لكل شريك أن يطلب من المحكمة عزل المدير إذا وجد سبب قوى يبرر ذلك .... الخ " [٢].

ويجوز من باب أولى ، للأغلبية العادية بدلا من أن تعين مديرا يـــتولى القيام بالإدارة أن تقرر مباشرة ما تراه من أعمال الإدارة

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٠٨ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ١٥٣ وما بعدها .

المعتادة وغير المعتادة ، دون أن يكون للأقلية حق الاعتراض أمام القضاء .

غير أنه ترد على سلطة المدير قيدان:

القيد الأول : أنه لايملك إدخال تعديلات في ملكية الأسرة ذاتها بـأن يبدل أموالا أخرى ببعض أموالها ، وكل ما يملكه هو التعديل في الغرض الذى أعد له المال لا التعديل في المال ذاته .

وكـان مشروع المادة كما ورد بالمشروع التمهيدى ينص على أن : " وللمديـر أن يدخـل على ملكية الأسرة من التغييرات ومن التعديل في الغرض الذى أعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الانـتفاع بهذا المال " - إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رأت الاقتصار بالنسبة لسلطة المدير على التغيير في الغرض الذى أعد له المال المشترك دون التعديل . ولذلك استبدلت عبارة "وللمدير أن يدخـل على ملكية الأسرة من التغيير " بعبارة " للمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغييرات ومن التعديل "[1].

القـيد الثانى : أنه يجوز للشركاء بالأغلبية العادية التى أشرنا إلـيها ، أن يقيدوا من سلطات المدير الواسعة ، سواء عند تعيينه أو بعـد تعيينـه ، فيقصرونها مثلا على الإدارة العادية ، أو يشترطوا موافقة الأغلبية على الإدارة غير العادية [2].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٥٠ وما بعدها .

(٢) السنهورى ص١٣٩٧ وما بعدها - المستشار أنور العمروسى ص ٤٧٦.

ويعتبر المدير المعين من قبل الأغلبية نائبا عن سائر الشركاء، فتسرى في مواجهتهم سائر الأعمال القانونية التى يباشرها فى حدود سلطته . وطبيعى ألا تكون له سلطة النيابة عنهم فى أعمال التصرف ، لأن التصرف يقتضى إجماع الشركاء ، فليس للمدير أن يتصرف فى المال المشترك كله أو بعضه بالبيع أو الرهن أو نحو ذلك ، فإن فعل كان تصرفه باطلا .

ولمن تعامل مع المدير فى حدود سلطته أن يرجع على سائر الشركاء بالتضامن لأنه يعتبر وكيلا عن متعددين [١].

٢٤٢ـ عزل المدير :

تملك الأغلبية التى عينت المدير حق عزله بنفس الطريقة التى عين بها . ولايجوز الاتفاق على اعتبار المدير غير قابل للعزل ولو لمدة محددة. ولولا وجود نص على ذلك بالمادة ٨٥٤ مدنى لما أمكن عزل الوكيل بإرادة الشركاء ، إذ من المقرر أن تعلق مصلحة الوكيل نفسه بالوكالة يحول دون استبداد الموكل بعزله . وظاهر أن للمدير هنا ، وهو أحد الشركاء ، مصلحة فى قيام الوكالة .

ويجوز أيضا لأى شريك أن يطلب إلى المحكمة المختصة عزل المدير إذا وجد سبب قوى يبرر هذا العزل ، كما إذا ثبتت خيانته أو

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٧١ .

إهماله الجسيم . وهذا هو السلاح الوحيد الذى يمكن للشركاء الذين لم يشتركوا فى تعيين المدير من مراقبته [١].

(١) محمد على عرفه ص ٤٧٢ .

مــادة (٨٥٥)

فيما عدا الأحكام السابقة تنطبق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة على ملكية الأسرة .

الشـــرح

٢٤٣ـ انطباق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة :

فـــيما عدا الأحكام السابقة الخاصة بالتصرف وبالإدارة تنطبق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة على ملكية الأسرة .

فإذا لم تعين الأغلبية مديرا من بينها على النحو المتقدم ، تكون إدارة المـــال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ، ما لم يستقر رأى الأغلبـــية العاديـــة على أمر معين من أعمال الإدارة المعتادة ، أو يقـــرر الشــــركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع عمـــلا من أعمال الإدارة غير المعتادة (م٨٢٧- ٨٢٩) . ويتحمل جمـــيع الشـــركاء ، كـــل بقدر حصته ، سائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال (م ٨٣١).

وفـــى حالـــة تعييـــن مدير لملكية الأسرة تسرى قواعد الوكالة المقررة بالمواد ٧٠٣ وما بعدها ، سواء من حيث التزامات المدير وحقوقـــه باعتباره وكيلا عن الشركاء ، أم من حيث علاقة الشركاء بالغـــير باعتبارهم موكلين ومن أهم هذه القواعد أن المدير إن كان مـــأجورا وجب عليه أن يبذل فى إدارة ملكية الأسرة عناية الرجل المعـــتاد دائمـــا (م ٢/٧٠٤) ، وعليه أن يقـــدم حسابا عـــن إدارته (م ٧٠٥) .

وأن لــــه أن ينيــب عنه غيره ، وتحدد مسئوليته ومسئولية نائبة وفقا للقواعد المقررة بالمادة (٧٠٨) ..... الخ .

ويلاحظ أن ملكية الأسرة لاتتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية أعضائها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وفــى غير هاتين الخاصيتين من ناحية التصرف ومن ناحية الإدارة ، تخضــع ملكــية الأسرة لقواعد الملكية الشائعة ، ولقواعد الوكالة فيما يتعلق بأعمال المدير والتزاماته "(١).

٢٤٤ـ إنشاء حالة جديدة من حالات ملكية الأسرة بالقرار بقانون رقــم ٦٧ لسنة ١٩٦٢ وقرار وزير الشئون الاجتماعية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ :

أنشــأ القرار بقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٦٢ فى شأن نزع ملكية الأراضـــى الــتى تغمــرها مياه السد العالى وقرار وزير الشئون الاجتماعــية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ الصادر تنفيذا له ، حالة جديدة من حالات ملكية الأسرة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٢ ص ١٥٤ .

وقــد اوضـحت ذلـك تفصيلا محكمة النقض فى حكمين صادرين لها ، اذ قضت بأن :

١- (أ)- " الـنص فــى المادة الرابعة من قرار وزير الشئون الاجتماعــية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ الصادر نفاذا للقانون ٦٧ لسنة ١٩٦٢ – علــى أن تملــك كــل أســرة تعمل بالزراعة فى النوبة ولاتملــك أرضا زراعية بها مساحة من الأرض الزراعية بالموطن الجديــد تقــدر بالنســبة لعدد أفراد الأسرة ومساحة الأراضى التى ســتوزع عليهم وبحد أدنى فدان وفى المادة ١٢منه على أنه يقصد بالأسرة فى هذا القرار الوالدان أو أحدهما والأولاد والأحفاد وكذلك الإخــوة وأولادهم متى كانوا يعيشون فى منزل واحد يدل على أنه بالنســبة لأســر مهجرى النوبة الذين كانوا يعملون بالزراعة فيها ولايملكــون شيئا من أراضيها ، رأى المشرع فى سبيل رعاية هذه الأسر فى المجتمع الذى نقلهم إليه وحتى لايكون هذا النقل سببا فى تشــتت هذه الأسر ، أن يمنح كل أسرة منها ملكية زراعية يراعى فــى تحديــد مقدار مساحتها أفراد هذه الأسرة الذين شملهم الحصر وقتــئذ ، بما مفاده أنه أنشأ بها حالة جديدة من حالات ملكية الأسرة بالإضــافة إلــى حالات ملكية الأسرة الواردة بالقانون المدنى وهى ملكــية شــائعة يســتحق كــل مــن أفرادها نصيبه فى ريعها بما لايتعارض وأحكام الشريعة الإسلامية " .

(ب) – " إذ كان مفاد نص المادة الرابعة من قرار وزير الشئون الاجتماعية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ سالفة البيان أن مناط تملك أفراد أسر مهجرى النوبة للأرض الزراعية التى توزع عليهم بالموطن الجديد هو توافر الشروط المشار إليها بهذه المادة فيهم عند تنفيذ هذا القرار ولو زالت عنهم بعد ذلك ، وكان الثابت أن المطعون ضدها الأولى كانت ضمن أفراد الأسرة وقتذاك ، فإن إنقاصها عن الأسرة بعد ذلك بطلاقها من الطاعن لا يحول دون أحقيتها لنصيبها فى الأرض التى خصصت للأسرة التى كانت فردا فيها " .

(طعن رقم ١١٩٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٣/١٠)

٢- (أ)- " مفاد نصوص المواد الأولى والثانية والرابعة من القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٦٢ بشأن نزع ملكية الأراضى التى تغمرها مياه السيد العالى ، أن المشرع اعتبر من أعمال المنفعة العامة مشروع الأراضى التى تغمرها مياه السد العالى المحصورة بين السد المذكور وحدود جمهورية مصر العربية وجمهورية السودان وذلك وفقا للخرائط التى تقرها مصلحة المساحة، وتنزع على الوجه المبين فى هذا القانون ملكية الأراضى المشار إليها فى المادة الأولى بما عليها من منشآت وكذلك المبانى والمنشآت والأشجار والنخيل التى أقامها الأهالى على أراضى الحكومة واستثناء

من أحكام القانون رقم ٥٧٧ لسنة ٥٤ والقانون رقم ٢٥٢ لسنة ٦٠ يعوض أصحاب الحقوق فى العقارات المشار إليها بالمادتين الأولى والثانـية بـأداء تعويـض لهـم عـن الأراضى والمبانى والنخيل والأشـجار والسـواقى والآبـار وغيرها من المنشآت القائمة وقت العمل بأحكام هذا القانون ، على أنه استثناء من حكم الفقرة الخامسة من المادة الثالثة يجوز أن يكون التعويض كله أو بعضه أراضى أو مـبانى تعدهـا الحكومـة لهـذا الغـرض، ويصدر وزير الشئون الاجتماعـية قـراراً بالقواعد التى تنظم ذلك وقد صدر قرار وزير الشـئون الاجتماعـية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ ببيان قواعد تعويض وتمليك وإسكان أهالى النوبة ، ونص فى المادة الأولى منه على أن لصـاحب الـتعويض الذى يقرر بالتطبيق لأحكام القانون رقم ٦٧ لسـنة ١٩٦٢ أن يخـتار بين الحصول على التعويض المستحق له نقـدا أو عيـناً، ويكون التعويض العينى وفق القواعد الواردة بهذا القـرار، كمـا نص فى المادة الثانية على أن يملك صاحب المنزل الراغـب فـى التعويض العينى مسكناً واحداً بالموطن الجديد يتفق حجمـه مـع عـدد أفـراد أسرته وحالته الاجتماعية مهما تعددت المسـاكن الـتى يملكها بالنوبة كما نصت المادة الخامسة من ذات القـرار- علـى أن تملـك كل أسرة مقيمة لا وتملك مسكناً بالنوبة مسـكناً بالموطن الجديد يتفق وعدد أفرادها ، وتعد بتوزيع المساكن

كشوف تعتمد من وكيل وزارة الشئون الاجتماعية المختص والنص في المادة ١٢ من ذات القرار على أن يقصد بالأسرة فى هذا القرار الوالـــدان أو أحدهما والأولاد والأحفاد وكذلك الأخوة وأولادهم متى كـــانوا يعيشـــون فـــى منزل واحد، وكان مفاد نص المادتين الثانية والخامســـة من قرار وزير الشئون الاجتماعية سالف البيان أنه نظم حالتيـــن لملكـــية المـــبانى الجديدة الأولى لمن نزعت ملكية منزله بالـــنوبة القديمـــة واختار التعويض العينى فإنه يملك مسكناً واحداً جديـــداً عوضـــاً عـــن منزله يتفق فى حجمه مع عدد أفراد أسرته وحالـــته الاجتماعية فتنتقل ملكية المنزل الجديد له وحده دون أفراد أســـرته والثانـــية إذا كانت الأسرة تقيم بالنوبة ولا تملك منزلاً بها تملك مسكناً بالموطن الجديد يتفق وعدد أفرادها أى أن الأسرة كلها تملك المسكن الجديد وهى الحالة التى أنشأ المشرع بها حالة جديدة من حالات ملكية الأسرة بالإضافة إلى حالات ملكية الأسرة الواردة بالقانون المدنى " .

(ب) – " لمـــا كـــان البين من تقرير الخبير أن المسكن الجديد مسلم للمرحومة ...... والدة الطاعن تعويضاً لها عن منزل نزعت ملكيـــته لحصـــره ضمن مشروع الأراضى التى تغمرها مياه السد العـــالى وكـــان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بأحقية المطعون ضـــدها فـــى الانتفاع بإحدى وحدات المسكن الجديد والإقامة فيها

باعتـــبارها مـــن أفراد الأسرة ولم يفطن إلى أن المسكن الجديد تم تملـــيكه لمورثـــة الطاعـــن وحدها تعويضاً عن نزع ملكية منزلها بالـــنوبة القديمـــة حسبما جاء بتقرير الخبير- هذا إلى أن المطعون ضـــدها لا تعتبر من أفراد أسرتها عملاً بنص المادة ١٢ من قرار وزير الشئون الاجتماعية سالف البيان ولايغير من ذلك إدراجها فى كشف الحصر بأنها زوجه للطاعن ومن أسرته إذ أن المنزل الجديد أعطـــى لوالـــدة الطاعن عوضاً عن منزلها المملوك بالنوبة القديمة وذلك عملا بأحكام المادة الثانية من قرار وزير الشئون الاجتماعية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ المنفذ لأحكام القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٦٢ بشأن نزع ملكية الأراضى والعقارات التى تغمرها مياه السد العالى بالنوبة القديمة على ما سلف بيانه مما يعيب الحكم المطعون فيه ".

(طعن رقم ٤٨٩٧ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٤/٦/٣٠)

ملكيــة الطبقات :

مـــادة (٨٥٦)

١- إذا تعــدد مــلاك طبقات الدار أو شققها المختلفة ، فإنهم يعــدون شــركاء فــى ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاســتعمال المشــترك بيــن الجمــيع ، وبوجه خاص الأساسات والجــدران الرئيســية والمداخــل والأفنــية والأسطح والمصاعد والممــرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب إلا ما كــان منها داخل الطبقة أو الشقة ، كل هذا ما لم يوجد فى سندات الملك ما يخالفه .

٢- وهــذه الأجــزاء المشــتركة من الدار لا تقبل القسمة ، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار ، ولــيس لمالك أن يتصرف فى نصيبه هذا مستقلا عن الجزء الذى يملكه.

٣- والحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين.

الشــرح

٢٤٥ـ المقصود بملكية الطبقات والشقق :

يقصد بملكية الطبقات تقسيم الدور بين ملاك متعددين يملك كل منهم طابقا أو أكثر ملكية خالصة .

ويقصد بملكية الشقق تقسيم الدور بين ملاك متعددين على هيئة شقق ، بحيث يملك كل منهم شقة أو أكثر ملكية خالصة .

وتنشأ هذه الصورة من صور الملكية بأسباب متعددة . فقد يوصى الأب أو يهب مثلا لكل من أولاده طبقة من طبقات بنائه أو شقة أو أكثر فى بنائه ، وقد يبيع مالك البناء بعض طبقاته أو شققه للغير ، فتوزع ملكية الطبقات بين ملاك متعددين . وهذا السبب الأخير هو الأكثر انتشارا وذلك لأن الشركات وجمعيات الإسكان والأفراد كثيرا ما يلجأون فى المدن إلى بناء أبنية متعددة الطبقات والشقق ، بقصد بيعها طبقة طبقة أو شقة شقة .

وقد أورد القانون المدنى الملغى أحكاما منظمة لملكية الطبقات فى المادة ٥٥/٣٤ ومابعدها . كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد عرفوا هذه الملكية ونظموها .

أما التقنين المدنى الجديد فقد زاد هذه المسألة تفصيلا . وهو قد استقى أحكامه من نصوص التقنين المدنى الملغى ومن الشريعة الإسلامية ومن أحكام القضاء المصرى ومن القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٨ .

ويلاحظ أن الدار المقسمة إلى طبقات أو شقق لاتعتبر مملوكة على الشيوع ، ولكن لكل مالك فيها ملكية خالصة وكاملة للطبقة أو الشقة التى يملكها ، وهو يستطيع أن يباشر عليها جميع حقوق

المـــالك، مـــع مـــراعاة بعض القيود التى تنشأ من رابطة الجوار الخاصة التى تربطه بسائر الملاك .

ولكـــن توجـــد فى نفس الوقت أجزاء من البناء فى حالة شيوع إجبارى .

فملكية الطبقات تتضمن ملكيات متعددة مستقلة ، وملكية شائعة شيوعا إجباريا .

وعلـــى ذلـــك يشترط لإعمال الأحكام الخاصة بملكية الطبقات والشقق ما يأتى :

١- أن تكـــون ملكـــية المبنى مجزأة بين عدة ملاك، فلا مجال لأحكـــام تملك الشقق والطبقات فى المبنى المملوك لشخص واحد، حـــتى ولو جاوره مبنى آخر ، وكان لأحد المالكين حق المرور فى عقار الآخر ليصل إلى مبناه .

٢- أن تكون كل طبقة أو كل شقة ملكا خاصا مفرزا لمالكها أو لمالكـــيها وأن تكون الأجزاء الأخرى فى المبنى كالمدخل والسلالم ممـــا يمكن أن يستعمله سائر ملاك الطبقات أو الشقق وتسمى هذه الأجزاء بالأجزاء المشتركة .

٢٤٦ـ الأجزاء الشائعة شيوعا إجباريا (الأجزاء المشتركة):

أوضـــحت الفقـــرة الأولى من المادة أنه إذا تعدد ملاك طبقات الـــدار أو شققها المختلفة ، فإنهم يعدون شركاء فى ملكية الأرض،

وملكـية أجـزاء البـناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع ، وبوجـه خـاص : الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأفنية والأسـطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة .

والبيان الوارد فى هذه المادة لم يرد على سبيل الحصر ، وإنما ورد علـى سـبيل المثال ، ولذلك أردفت الفقرة الأولى من المادة قولها : " كل هذا ما لم يوجد فى سندات التمليك ما يخالفه " .

فالمـرجع فـى تحديد الأجزاء المشتركة هو سند الملك ، فإذا حـددت فـيه هذه الأجزاء وجب العمل به ، أما إذا لم تحدد وجب أعتبار الأرض المقام عليها البناء وأجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع مملوكة لجميع أصحاب الطبقات والشقق ملكية شائعة.

ويعتبر من قبيل الأجزاء المشتركة ما يأتى :

١- الأرض المقـام علـيها البناء باعتبار أن البناء يقوم على الأرض . ولكـن لايوجد ما يحول دون الاتفاق على أن تظل ملكية الأرض لشخص أجنبى عن ملاك الطبقات حيث يخولهم حق البناء وتملـك البناء مع احتفاظه بملكية الأرض . ويكون لملاك الطبقات مصـلحة فـي ذلك من حيث أنه يوفر عليهم ثمن الأرض ، ويكون لمالك الأرض كذلك مصلحة في الاحتفاظ بملكية الأرض تتمثل في

أنـــه عند إزالة البناء لأى سبب تكون الأرض ملكا له وحده وليس لملاك الطبقات أى نصيب فيها .

ويقابل الأرض الأسطح باعتبار أنها الفراغ أو الحجم الذى يعلو البـــناء والـــذى يقـــبل التعلية فالسطح يعتبر من الأجزاء المشتركة المملوكـــة ملكية شائعة للملاك . فالسطح لايعتبر مجرد سقف لمالك الدور الأخير إلا من حيث داخله كغطاء أو سقف لأرضية وحوائط شـــقته وإنمـــا مـــن حيث كونه سطحا فوق الشقة فإنه من الأجزاء المشـــتركة، فلا يجوز لأحد الملاك أن ينفرد بالبناء على السطح ، وإنما يكون استخدامه من حق جميع الملاك .

ويلاحظ بالنسبة لأرضية الطبقات والشقق أن سطحها المصنوع مـــن الخشب أو البلاط هو المملوك لصاحب الطبقة أو الشقة ، أما قواعـــد الأرضـــية نفســـها فـــإن المشرع لم يعتبرها مملوكة ملكية مشتركة لمالكى الطبقتين التى هى تحتها وفوقها ولكنه اعتبرها من الأجـــزاء المشتركة بين جميع الملاك ، لأن طريق العمارة الحديثة يجعل قواعد الأرضيات جزءا لا يتجزأ من جسم البناء .

ويعتـــبر من الأرض ليس فقط المساحة المقام عليها البناء وإنما كذلـــك الحدائق ومواقف السيارات والممرات الخارجية والأفنية فلا يجـــوز البناء فى هذه الأماكن إلا بموافقة الملاك لأنها من الأجزاء المشتركة .

ويكـون العمـق كذلك من الأجزاء المشتركة للبناء وذلك طبقا للقواعد العامة التى تحدد ملكية الأرض بالحجم وليس بالسطح فقط.

٢- أساسـات البـناء والحوائط الحاملة للبناء والأعمدة المعدة لحمله والجدران الرئيسية وهى ما تسمى بهيكل البناء .

٣- المداخـل والممرات الداخلية والسلالم والمصاعد والدهاليز والأفنية الداخلية ، وهى أجزاء البناء غير المعدة للاستعمال الخاص بأحد الملاك .

٤- الأماكـن المخصصـة للحراس وغيرهم من العاملين فى خدمـة البـناء كالـبواب أو حارس الأمن وهى بطبيعة الحال غير مخصصة لاستعمال أحد الملاك .

٥- الأماكـن المخصصـة للخدمـات المشتركة مثل الأماكن المخصصـة لوضع الأجهزة العامة للتكييف المركزى ، أو معدات الكهرباء وحجرات غسل الملابس المشتركة وغير ذلك .

٦- كـل أنـواع الأنابيـب والتوصيلات إلا ما كان فيها داخل الأجزاء المفرزة وتقتصر نفقتها على ملاك هذه الأجزاء ، كأنابيب المـياه الرئيسية وتوصيلات الصرف الصحى ، وأنابيب المياه التى تغذى المبنى حتى لو مرت داخل إحدى الشقق .

وإذا كنا بصدد جزء لم ينص فى سند الملك أو فى القانون على أنه من الأجزاء المشتركة فإن تحديد صفته كجزء مشترك من البناء

يكون بالبحث عن الغرض الذى خصص له هذا الجزء من البناء أو الأرض ، فيكون الجزء مشتركا إذا كان مخصصا لانتفاع واستعمال كافة الملاك .

فالإيريال المركزى للتليفزيون ، وطبق استقبال الإرسال التليفزيونى بالقمر الصناعى الذى يخصص لخدمة كل الملاك يعتبر من الأجزاء المشتركة .

ومما يؤخذ فى الاعتبار لاعتبار الجزء مشتركا ألا يكون من الممكن صيانته بواسطة أحد الملاك ، أو أن يكون من المستحسن أن تتولى إدارته جماعة الملاك أى الاتحاد ، أو أن يمس الجزء المصلحة المشتركة لمجموع الملاك وللبناء سواء من الناحية الإنشائية أو الجمالية ، ولهذا تعتبر الواجهات الخارجية للبناء وتناسقها الجمالى من الأجزاء المشتركة ، فهى لا تؤثر فقط فى جمال البناء بل قد تؤثر على قيمته .

فلا يكفى أن ينظر للواجهات على أنها من الجدران الرئيسية وإنما يجب أن ينظر إليها أيضا من حيث شكلها أو مظهرها الخارجى والجمالى . فلا يجوز لأصحاب الشقة طلاء الحوائط من الخارج أو طلاء النوافذ بألوان تتنافر مع المظهر الخارجى للبناء وتشوه مظهره [١].

---

(١) حسام الدين الأهوانى الحقوق العينية الأصلية - أسباب كسب الملكية ص ٦١ وما بعدها .

والعـــبرة بـــالإعداد للاستعمال لا بالاستعمال الفعلى ، فالسطح والسلم والمصعد من الأجزاء المشتركة بين جميع الملاك ، ولو كان البعض منهم لايستعمله فعلا إذ الأصل فيه أنه معد لاستعمالهم[1].

وتحديد ما يعتبر من أجزاء الدار معدا للاستعمال المشترك بين الجمـــيع مســـألة موضوعية ، يختلف تقديرها باختلاف ظروف كل حالة وملابساتها ، غير أن هذا المعيار يثير أحيانا صعوبات عملية، ومـــن ذلك أن السلم يعتبر فى الأصل من الأجزاء المشتركة ولو لم يرد ذكره بين الأجزاء المشتركة التى عددتها المادة كما ذكرنا سلفا. ولكن ذلك لا يحول دون تصور حالة يكون فيها السلم غير مشترك فـــى جزئه الأعلى ، كما لو كان هذا الجزء موصلا للسطح ، وكان اســـتعمال السطح مقصورا على مالك الطبقة العليا . ففى مثل هذه الحالـــة لايعتبر الجزء الأعلى من السلم مشتركا ، بل مملوكا ملكية خاصـــة لمـــالك هـــذه الطبقة كما مثل المشرع للأجزاء المشتركة بالأنابيـــب ، ولكنه قصر هذا الحكم على ما يكون منها خارج نطاق الطـــبقة أو الشـــقة ، مـــع أنـــه كثيرا ما يستدعى إصلاح الأجزاء الخارجية أن يمتد العمل إلى الأجزاء الداخلية ، ولكن هذا الاعتبار لا يكفى وحده لاعتبار هذه الأجزاء مشتركة أيضا . ولذلك كثيرا ما يكـــون مـــن المفيد توضيح أمثال هذه المسائل الغامضة بنصوص

---

(١) اسماعيل غانم ص ٢٩٤ .

صريحة فى سند الاتفاق الذى يعتبر – كما قدمنا–المرجع الأساسى لتحديد حقوق الشركاء على مختلف أجزاء البناء [١].

وبخصـوص الحواجـز الفاصـلة بين شقتين فقد نصت الفقرة الثالـثة مـن المـادة صراحة على أن ملكيتها تكون مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ملكية الطبقات تشتمل على ملكية مفرزة هى الطبقات والشقق المخـتلفة التى يحتويها المنزل والتى يملكها مفرزة ملاك متعددون، وعلـى ملكـية شـائعة شـيوعا إجـباريا هى أجزاء البناء المعدة للاسـتعمال المشـترك بيـن الجميع . وقد مثلت المادة ١٢٢٧ من المشـروع لهـذه الأجزاء الشائعة بالأساسات ، والجدران الرئيسة (وذلـك فـى غـير الجدران الخاصة بكل طبقة . وغير الحواجز الفاصـلة بين شقتين فهذه تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشـقتين وغـيرها) والمداخـل والأفنـية ، والأسطح ، والسلم ، والمصـاعد ، والممـرات ، والدهالـيز ، وقواعد الأرضيات وكل أنـواع الأنابيـب المياه والغاز والنور الخ) إلا ما كان منها داخل الطـبقة أو الشقة ، هذا عدا الأرض التى أقيم عليها البناء فهى ملك مشترك للجميع ، وكل ذلك ما لم يوجد فى سندات الملك ما يخالفه.

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٧٥.

ويجرى على هذه الأجزاء المشتركة حكم الشيوع الإجبارى فلا تقبل القسمة . ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء المفرز له فى الدار ، وليس لمالك أن يتصرف فى نصيبه مستقلا عن الجزء المفرز الذى يملكه لما بين الشيئين من علاقة التبعية (١).

وقد نصت المادة (٦) من النظام النموذجى لاتحاد الملاك الصادر بقرار وزير الإسكان رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ على أوضاع الملكية فى المبنى فجرت على أنه :

(أ)- " يتملك العضو ملكية مفرزة الشقة أو الطبقة الخاصة به وهى تشمل ما أعد لاستعماله وحده وبصفة خاصة ما يوجد داخل الشقة أو الطبقة من حواجز فاصلة بين الحجرات وأدوات صحية وأنابيب المياه والكهرباء الداخلية وما يكسو الأرضية والجدران والأسقف وكذلك النوافذ والأبواب والشرفات .

(ب) – يتملك العضو على الشيوع كل بنسبة نصيب الوحدة أو الطبقة المملوكة له الأجزاء المشتركة مع باقى ملاك المبنى من البناء وملحقاته المعدة للانتفاع المشترك بين الجميع وبوجه الخاص الأرض (٢).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٥٦ ومابعدها .

(٢) يراعى تحديد وضع الأرض فى الحالات التى يقتصر فيها التمليك على المبانى دون الأرض(ملحوظة هامشية للمادة ٦/ج من النظام النموذجى).

والأساسات والأعمدة والجدران الرئيسية وقواعد الأرضيات والمداخل والسلالم والأفنية والممرات والدهاليز والأسطح والمصاعد والمرافق وكل أنواع الأنابيب إلا ما كان منها داخل الشقة أو الطبقة وخزانات وطلمبات المياه .... الخ " (١).

(أنظر في انطباق الأحكام الواردة بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وقرار وزير الإسكان رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ بإصدار النظام النموذجي لاتحاد الملاك بند ٢٦٤) .

٢٤٧ـ عدم قابلية الأجزاء المشتركة من الدار للقسمة :

الأجزاء المشتركة من الدار التى أوضحناها فيما سلف ، يكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذى له من الدار ، وتعتبر مملوكة لجميع الملاك على وجه الاشتراك . ومادامت هذه الأجزاء قد أعدت للاستعمال المشترك فإنه يجب بالضرورة أن تبقى على حال الشيوع الجبرى . ولذلك لاتقبل القسمة أبدا .

ولايقتصر هذا الحكم على الشريك الأصلى فحسب ، بل يكون طلب القسمة غير جائز القبول من خلفه الخاص، ومن دائنيه أيضا. وهذا حكم بديهى لأن الأجزاء المشتركة إنما وجدت بسبب تقسيم

---

(١) الأمثلة المذكورة فى البندين (أ ، ب) ليست على سبيل الحصر ويجوز الإضافة إليها أو الحذف منها حسب الأحوال .
ملحوظة هامشية للمادة ٦ / ج) .

البناء إلى طبقات أو شقق ، فيجب أن تبقى على حالها ما بقيت علة تخصيصها للاستعمال المشترك [١].

٢٤٨ ـ تحديد نصيب كل مالك فى الأجزاء المشتركة :

نصـــت الفقرة الثانية من المادة على أن : " ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذى له في الدار " .

فمـــن حيث المبدأ يكون نصيب كل مالك في الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذى يملكه مفرزا .

ويجب الرجوع في تحديد هذا النصيب أولا إلى سندات الملك ، فهى التى تحدد هذا النصيب ولا يوجد ما يمنع الملاك من أن يتفقوا علـــى أن يخرجوا بعض الأجزاء من الملكية الشائعة ، كأن يبيعوا الأرض لأحدهم لتصبح بذلك ملكا خالصا له [٢].

أمـــا إذا لم تتعرض هذه السندات لذلك فإن نصيب كل مالك في الأجزاء المشتركة يكون بنسبة قيمة الجزء الذى يملكه في الدار أو بنسبة قيمة طبقته أو شقته (م ٢/٨٥٦) .

وفـــى هـــذا يختلف الأمر عن الشيوع العادى . إذ تنص المادة ٨٢٥ مدنـــى على احتساب الحصص متساوية ما لم يقم الدليل على غير ذلك .

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٧٦ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٢١٢.

وتبدو أهمية هذا التحديد في حالة ما إذا استحق مقابل نقدى عن أحـــد الأجـــزاء المشتركة فيتعين توزيعه بين الملاك . مثل ذلك أن يـــتفق الملاك على بيع أحد هذه الأجزاء - كالمصعد مثلا - فيلتزم المشـــترى بالثمن ، أو يتسبب أحد الملاك أو شخص من الغير في إتلافـــه فيلزم بالتعويض ، أو تنزع الإدارة ملكية جزء من الأرض المشـــتركة المحـــيطة بـــالدار والتى كانت مخصصة للحديقة مثلا فيستحق تعويض عن نزع الملكية .

فـــي مثل هذه الحالات يكون نصيب كل من الملاك في المقابل النقدى المستحق بنسبة قيمة طبقته أو شقته [١].

كما أنه على أساس نصيب المالك في الأجزاء المشتركة يتحدد مـــدى نفـــوذه فـــيما يتخذه اتحاد الملاك من قرارات في إدارة هذه الأجـــزاء ، إذ تؤخـــذ قـــرارات الاتحاد بالأغلبية على أساس قيمة الأنصـــباء لا علـــى أســـاس عـــدد الملاك (م ٨٦٤) فيتحدد عدد الأصوات المخولة لكل مالك بحسب قيمة الجزء الخاص به .

والعبرة في تقدير قيمة الجزء المفرز الذى يملكه المالك ، بوقت إنشـــاء المبـــنى . وتذكر هذه القيمة عادة في سند التمليك ، ومن ثم لاتتغير القيمة بما يمضى من الزمن وقت إنشاء الدار ، وما يستتبع ذلـــك مـــن استهلاك البناء ، ولاتتغير بالتغييرات الخارجية كإنشاء

---

(١) اسماعيل غانم ص ٢٩٧ .

شـــارع أمـــام جانـــب من جوانب المبنى أو إلغاء حديقة كانت أمام جانب آخر ، أو بالتغييرات الداخلية كتحسين المالك لشقته أو لطبقة مـــن الداخـــل ، بل تبقى القيمة ثابتة كما كانت وقت إنشاء الدار[1] وذلـــك أن عبارة " قيمة الجزء الذى له في الدار " التى وردت في المـــادة ٢/٨٥٦ ، والمـــادة ١/٨٥٨ - كمـــا ســـنرى- تحتمل أحد معنييـــن: إمـــا القيمة وقت إنشاء البناء وإما القيمة وقت توزيع ما يســـتحق عـــن أحد الأجزاء المشتركة من مقابل أو ما يقتضيه من تكاليف .

فيتعيـــن أن يفسر النص على الوجه الذى يجعل تطبيقه العملى ميســـورا ، فـــتكون العبرة بالقيمة وقت إنشاء البناء . أما الاعتداد بكافـــة التغييرات التى تطرأ على قيمة الأجزاء الخاصة أو الاعتداد ببعض هذه التغييرات دون بعض ، فإن من شأنه أن يثير المنازعات بيـــن المـــلاك كلمـــا دعت الحاجة إلى تحديد نصيب كل منهم في الأجزاء أو التكاليف المشتركة [2].

---

(١) السنهورى ص ١٣٥١- اسماعيل غانم ص ٣٠٢- محمد لبيب شنب ص ٢٧٢- السيد على المغازى ملكية طبقات المنازل طبعة ١٩٤٩ ص ٣٤، ٦٤ وما بعدها - حسام الدين الأهوانى الحقوق العينية الأصلية - أحكام حـــق الملكية ص ٦٤ - وعكس ذلك محمد على عرفه ص ٤٧٩ فيرى الاعـــتداد بالقيمة وقت النزاع ولو أدى ذلك إلى تغير نسبة الشريك في هذا الوقت عنها وقت إنشاء الملكية .

(٢) اسماعيل غانم ص ٣٠٢.

وقـد نصت المادة (٦/ج) من النظام النموذجى لاتحاد الملاك على أن :

" يتملك العضو على الشيوع كل بنسبة نصيب الوحدة أو الطبقة المملوكـة له الأجـزاء المشـتركة مع باقى ملاك المبنى من البناء وملحقاتـه المعـدة للانـتفاع المشـترك بين الجميع وبوجه خاص الأرض[١] والأساسـات والأعمـدة والجـدران الرئيسـية وقواعد الأرضـيات والمداخـل والسـلالم والأفنـية والممرات والدهاليز والأسطح والمصاعد والمرافق وكل أنواع الأنابيب إلا ما كان منها داخل الشقة أو الطبقة وخزانات وطلمبات المياه ..... الخ [٢].

(١) يـراعى تحديد وضع الأرض في الحالات التى يقتصر فيها التمليك على المبانى دون الأرض .

(١) الأمثلة المذكورة في هذا البند ليست على سبيل الحصر ويجوز الإضافة إليها أو الحذف منها حسب الأحوال .

مــادة (٨٥٧)

١- كــل مالك في سبيل الانتفاع بالجزء الذى يملكه في الدار حــر فــى أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما أعدت له ، على ألا يحول دون استعمال باقى الشركاء لحقوقهم .

٢- ولايجــوز إحــداث أى تعديل في الأجزاء المشتركة بغير موافقــة جميع الملاك حتى عند تجديد البناء ، إلا إذا كان التعديل الذى يقوم به أحد الملاك على نفقته الخاصة ، من شأنه أن يسهل اســتعمال تلــك الأجــزاء ، دون أن يغير من تخصيصها أو يلحق الضرر بالملاك الآخرين .

الشــــرح

٢٤٩ـ حق المالك فى استعمال الأجزاء المشتركة :

تــنص الفقــرة الأولى من المادة على أن : "كل مالك في سبيل الانــتفاع بالجزء الذى يملكه فى الدار حر فى أن يستعمل الأجزاء المشــتركة فــيما أعــدت له ، علــى ألا يحول دون استعمال باقى الشركاء لحقوقهم .

فلما كان حق الملاك فى الأجزاء المشتركة هو حق الشركاء فى الشــيوع الإجــبارى ، فإنــه يكون لملاك الطبقات والشقق في تلك الأجزاء ما للشريك في هذا النوع من الشيوع . فيكون من حق كل مــالك استعمال الأجزاء المشتركة والانتفاع بها كما لو كانت ملكه

الخاص. ولكن يجب أن يكون هذا الاستعمال فيما أعدت له . وعلى ذلــك فللمــالك استعمال السلم والمصعد للوصول إلى وحدته، وله توصــيل أنابيــب المــياه والغاز وأسلاك الكهرباء من الوصلات الرئيسية بالدار إلى وحدته وأن يضع في جدران الوحدة ما شاء له مــن دواليب ومداخن وأنابيب ومواسير ، وأن يضع في سطح الدار أية تجهيزات خاصة باستقبال الأقمار الصناعية بشرط عدم الإضرار بالمبنى أو يحول النافذة إلى شرفه أو يقوم بإغلاق الشرفة وتحويلها إلــى غــرفة . كــل ذلــك مشروط بعدم الإخلال بمتانة البناء ولا بالمظهــر الخارجى له . كما لايجوز لمالك الطبقة الأعلى الاستئثار بالسطح أو البناء فيه .

كمــا يتقــيد استعمال المالك للأجزاء المشتركة بأن يكون هذا الاســتعمال فيما أعدت له تلك الأجزاء فلا يجوز له عرض منتجاته أو بضــائعه في مدخل الدار ولو كان الجزء الخاص به متجرا، أو يســتعمل أحد جدران الدار لكى يسند عليه بناء في أرض ملاصقة مملوكــة له [١] كمــا أنه ليس له أن يستعمل الممر المشترك لإيواء سيارته [٢].

---

(١) رمضان أبو السعود ص ١٣١ .

(٢) محمد وحيد الدين سوار ص ٤٥٣ .

كمـــا يتقـــيد هـــذا الاستعمال بعدم الحيلولة دون استعمال باقى الشـــركاء لـــتلك الأجزاء ، فإذا كان من بين الأجزاء المشتركة ما يقتضى استعماله تناوب الملاك كحجرة غسيل .

فيجب استفادة كافة الملاك منها بالتناوب .

وقـــد نصـــت الفقرة الأولى من المادة ٢٧ من النظام النموذجى لاتحاد الملاك على أن :

" لكل عضو في سبيل الانتفاع بالجزء الذى يملكه في العقار أن يســـتعمل الأجزاء المشتركة فيما أعدت له على ألا يحول ذلك دون استعمال باقى الأعضاء لحقوقهم ، أو يلحق الضرر بهم ".

٢٥٠ـ حظر إحداث تعديل فى الأجزاء المشتركة :

تـــنص الفقرة الثانية من المادة على أنه : " ولايجوز إحداث أى تعديـــل في الأجزاء المشتركة بغير موافقة جميع الملاك حتى عند تجديـــد البـــناء ، **إلا إذا كان التعديل الذى يقوم به أحد الملاك على نفقـــته الخاصة ، من شأنه أن يسهل استعمال تلك الأجزاء ، دون أن يغير من تخصيصها أو يلحق الضرر بالملاك الآخرين** " .

وبناء على هذا النص فإنه لايجوز لأحد الملاك أن يحدث تعديلا فـــي هذه الأجزاء دون موافقة الجميع، إلا إذا توافرت شروط أربعة هى :

١- أن يكـون الـتعديل علـى نفقة الشريك الذى قام بإحداث التعديل.

٢- أن يكـون مـن شـأن الـتعديل تسهيل استعمال الأجزاء المشتركة .

٣- ألا يغير التعديل من تخصيص الأجزاء المشتركة .

٤- ألا يلحق التعديل ضررا بالملاك الآخرين(١).

وتطبـيقا لذلـك يجوز لمالك إحدى الطبقات أن ينشئ في أحد الجـدران الرئيسـية داخل طبقته رفوفا أو تجويفا أو خزانة لحفظ الملابـس أو مدفئة يفتح لها مدخنة داخل الجدار ، كما يجوز له أن ينشـئ شـرفات في طابقه وأن يوسع نوافذه ، كل ذلك بشرط ألا يترتب على ما يحدثه المالك من تعديل ضرر بمتانة البناء أو تشويه لمظهره . وعلى العكس ، ليس للمالك أن يضع على واجهة المنزل ولـو في مواجهة طبقته ، إعلانات مضيئة إذا كان من شأنها تشويه مظهر البناء أو منع الملاك الآخرين من رؤية الطريق العام بسبب انعكاس الضوء . وليس لمالك الطبقة الأرضية التى يقوم باستغلال مقهـى فـيها أن يفـتح في الجدار بابا يؤدى إلى سلم المنزل ، إذ يترتـب علـى استعمال عملاء المقهى لهذا الباب تزايد الحركة في فناء السلم فيضار الملاك الآخرون .

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى جـ٦ ص ١٥٩ ومابعدها .

وقـــد نصـــت الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من النظام النموذجى لاتحاد الملاك على أن :

" ولايجــوز إحداث أى تعديل في الأجزاء المشتركة في العقار بغير موافقة الجمعية العمومية للاتحاد ولو عند تجديد البناء ، إلا إذا كـــان التعديل يقوم به أحد الأعضاء على نفقته الخاصة ويكون من شـــأنه أن يسهل استعمال تلك الأجزاء دون أن يغير من تخصيصها أو يلحق الضرر بالأعضاء الآخرين ".

٢٥١ـ حقوق الملاك والتزاماتهم بالنسبة للأجزاء الخاصة :

لكـــل مـــالك على الجزء الذى يملكه وحده حق ملكية مفرزة ، فيباشـــر علـــيه كافة السلطات التى يخولها هذا الحق من استعمال واستغلال وتصرف وعليه وحده ما يقتضيه هذا الجزء من نفقات.

فللمالك أن يستعمل الجزء الذى يخصه بنفسه أو يستغله بتأجيره مثلا .

على أن سلطات المالك مقيدة بالقيود التى ترد على حق الملكية بوجه عام ، ومن بينها واجب عدم الغلو في استعمال الحق إلى الحد الـــذى يضر بالجار ضررا غير مألوف . ولهذا القيد أهمية خاصة في نطاق ملكية الطبقات ، نظرا للجوار الخاص الذى يربط الملاك بعضـــهم بـــبعض ، فالطبقة أو الشقة الخاصة بكل منهم ليست إلا جزءا من بناء واحد . وعلى ذلك فلا يجوز لأى منهم أن يقوم بأى

عمــل من طبقته أو شقته يكون من شأنه الإضعاف من متانة البناء أو تشويه مظهره العام .

وللمــالك أيضاء أن يتصرف في الجزء الذى يملكه وحده ، فله أن يبــيعه أو يهبه أو يوصى به أو يرهنه . وكما يجوز للمالك أن يتصــرف فــى طبقته أو شقته كلها تصرفا واحدا ، له أن يقسمها ويتصرف في كل جزء منها على استقلال إلى أشخاص متعددين . ولايجوز لباقى الملاك أن يعترضوا على ذلك بحجة أن التجزئة من شأنها أن تزيد في عدد الملاك وتحويل المبنى من مستوى معين إلى مستوى أقل منه .

غير أنه يجوز الاتفاق على أنه لايجوز للشريك أن يتصرف في طابقــه أو شقته إلى شخص أجنبى إلا بموافقتهم ، ومثل هذا الشرط تكــون المصــلحة فــيه خشــية الملاك من أن يدخل بينهم شخص لايعــرفونه وقــد يتضــررون من وجوده وهى مصلحة مشروعة ويخضع هذا الشرط لأحكام شرط المنع من التصرف وفقا للمادتين ٨٢٣، ٨٢٤ مدنى .

كمــا يجوز الاتفاق بين الملاك على منع التجزئة بألا يقسم أى منهم طابقه أو شقته إلى أجزاء يتصرف في كل جزء منها لشخص، ويكــون هذا ارتفاقا مقررا على كل طبقة أو شقة لفائدة الطبقات أو

الشـــقق الأخرى منعا لانخفاض قيمتها ، فيصبح إنشاؤه بغير تحديد لمدة .

ويجـــوز الـــتخلص من هذا الارتفاق طبقا للمادة ١٠٢٩ إذا فقد فائدتـــه أو لـــم تـــبق له غير فائدة محدودة ، كما لو كان البناء عند إنشائه في حى من الأحياء الغنية ثم تحول الحى بمرور الزمن إلى حى شعبى ، بحيث أصبح لا يؤثر في قيمة البناء أن تقسم شققه إلى مساكن صغيرة [١].

---

(١) اســماعيل غانم ص ٢٩٦ وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص ٢٥٤ ومابعدها - نبيل سعد ص ٢١١ ومابعدها .

مادة (٨٥٨)

١- على كل مالك أن يشترك فى تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها، ويكون نصيبه فى هذه التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك .

٢- ولايحق لمالك أن يتخلى عن نصيبه فى الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك فى التكاليف المتقدمة الذكر .

الشرح

٢٥٢ ـ تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها :

يبين من الفقرة الأولى من المادة أن تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها يتحملها جميع الملاك ، إذ هى معدة لانتفاعهم جميعا ، ويدخل في ذلك تكاليف ترميم الأجزاء الشائعة إذا احتاجت إلى ترميم ، وإصلاح المصعد ، ومصروفات الصيانة العادية من كنس ورش ، ونفقات تجديد ما يجب تجديده من هذه الأجزاء الشائعة كتجديد الباب العام للدار أو الآلة الرافعة للمياه ونحو ذلك . وتدخل أيضا تكاليف المياه والكهرباء ، ومصروفات صيانة المصعد والسلم ، وأجور الأشخاص الموكلين بتعهد هذه الأجزاء الشائعة وبخاصة أجرة البواب ، والضرائب المفروضة ، وأقساط التأمين على الأجزاء الشائعة [١].

---

(١) السنهورى ص ١٣٥٦ ومابعدها .

ويـــتحدد نصـــيب كل من الملاك فى هذه التكاليف وفقا لاتفاق الملاك إن وجد . فقد يتفق على أن مالك الطابق الأرضى لايشترك فـــي نفقـــات السلم والمصعد . فإن لم يوجد اتفاق على كيفية توزيع هذه التكاليف تحملها كل منهم بنسبة قيمة الجزء الذى له في الدار . ذلـــك أن نصـــيب كل مالك في الأجزاء المشتركة يكون بنسبة قيمة الجزء الذى يملكه في الدار .

والمســـاهمة في تكاليف الأجزاء المشتركة وصيانتها وتجديدها وإدارتهـــا مفـــروض على جميع الملاك على الوجه المتقدم ، وذلك بصـــرف الـــنظر عـــن نسبة انتفاع كل منهم . وتطبيقا لذلك تكون تكالـــيف صيانة السلم في جميع أجزائه على جميع الملاك . ويجب أن يشترك فيها حتى أصحاب الطبقات السفلى . وكذلك الحال أيضا بالنسبة لقواعد الأرضيات ، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك .

ولايســـتطيع أحـــد الملاك أن يتخلص من المساهمة في تكاليف هذه الأجزاء بدعوى أنه لايستفيد منها أو لا ينتفع بها ، فنص المادة ١/٨٥٨ صريح في هذا المعنى، ما لم يوجد اتفاق على غيرذلك [١].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢١٥ وما بعدها – محمد وحيد الدين سوار ص ٤٥٥ وما بعدها – محمود جمال الدين زكى ص ٢٢٧ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" خـــالف المشـــروع (م ١٢٢٩) التقنين الحالى (م ٥٧/٣٦) فيمـــن يـــتحمل تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدهـــا . ففى التقنين الحالى يلزم مالك الطبقة السفلى بإجراء ما يلـــزم لصـــيانة السقف والأخشاب الحاملة له إذ أنها تعتبر ملكا له. وعلى مالك الطبقة العليا صيانة أرضية طبقته بلاط وألواح ، وعليه أيضـــا إجراء ما يلزم لصيانة السلم من ابتداء الموضع الذى لاينتفع بـــه صـــاحب الطبقة السفلى . أما المشروع فقد جعل هذه التكاليف شركة بين جميع الملاك كل بنسبة قيمة الجزء الذى له في الدار ما لم تنص سندات الملك على شيء غير ذلك .... الخ " [١].

وقد نصت المادة (٢٨) من النظام النموذجى لاتحاد الملاك على أن :

(أ) – " يـــتحمل العضـــو دون ســـواه نفقات صيانة وإصلاح الأجزاء المملوكة له ملكية مفرزة .

(ب) نفقات صيانة وإصلاح الأجزاء المشتركة بين عضو وآخر توزع بينها ويتحملان بها دون سواهما.

(ج) يـــتحمل الأعضـــاء جميعا نفقات الانتفاع المشترك وحفظ وصـــيانة وإدارة وتجديد الأجزاء المشتركة ويتحدد نصيب العضو في هذه النفقات بنسبة قيمة الجزء الذى يملكه في العقار ".

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٦٢ .

وتنص المادة (٢٩) على أنه يجوز للجمعية العمومية للاتحاد أن تمـــنح قرضـــا لمن يعجز من الأعضاء عن دفع حصته في نفقات تجديـــد العقـــار أو القـــيام بالتزاماته الناشئة عن اشتراكه فى ملكية الأجزاء المشتركة أو تلك الناشئة عن تلاصق ملكيته الخاصة بملكية غيره من الأعضاء وذلك لتمكينه من أداء هذه الالتزامات .

ويكـــون هذا القرض مضمونا بامتياز على الجزء المفرز الذى يملكـــه وعلـــى حصـــته الشائعة في الأجزاء المشتركة في العقار، وتحتســـب مرتبة الامتياز من يوم قيده وذلك طبقا لحكم المادة ٨٦٩ من القانون المدنى .

٢٥٣ـ حـرمان الشركاء من حق التخلى :

تـــنص الفقـــرة الثانية من المادة على أن : " لا يحق لمالك أن يتخلى عن نصيبه في الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك في التكالـــيف المتقدمة الذكر " . وقد نقل المشرع هذا الحكم عن الفقرة الثالثة من المادة ٣٤٢ من المشروع الإيطالى .

ويلاحظ أن هذا الحكم مخالف للقاعدة العامة التى تقضى بجواز الـــتخلص من التزام انبنى على حق عينى بتخلى صاحبه عنه . وقد صرح المشرع بوجوب تطبيق هذه القاعدة العامة بصدد الالتزامات المترتـــبة علـــى حقـــوق الارتفـــاق (م ١٠٢٢/٢) وبصدد الرهن الرســـمى (م١٠٦٠) . كمـــا ســـبق القول بوجوب تطبيقها في شأن

الالتزامات الناشئة عن الاشتراك في ملكية الحائط الفاصل، والالتزامات الناشئة عن الشيوع الإجبارى بصفة عامة .

والعلة في هذا الحكم أن تخلى الشريك عن نصيبه في تلك الأجزاء مع احتفاظه بملكية طبقته أو شقته، لن يؤدى غالبا إلى توقف انتفاعه بالأجزاء المشتركة، لأن من شأن ذلك تعطيل الانتفاع بالطبقة أو الشقة ذاتها التى يملكها ملكية مفرزة [1]. ومن العسير فرض رقابة كافية لمنع المالك المتخلى من الاستعمال ، ومن شأن هذه الرقابة على أى الأحوال أن تثير منازعات مستمرة [2].

ولما كان حرمان الشريك في ملكية الطبقات والشقق من حق التخلى حكما استثنائيا، وجب تفسيره تفسيرا ضيقا . وينبنى على ذلك أن التخلى لايمتنع على المالك إلا إذا كان واقعا على نصيبه في الأجزاء المشتركة فقط ،وبقصد التخلص من الاشتراك في تكاليف حفظها وصيانتها وإدارتها وتجديدها ، أما فيما عدا ذلك فلا يسرى الحظر الوارد بالنص .

وتطبيقا لذلك يصح أن يتخلى المالك عن نصيبه المفرز ونصيبه الشائع فى الأجزاء المشتركة معا . سواء أكان هذا التخلى بقصد

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٣٣٣- نبيل سعد ص ٢١٤ .
(٢) اسماعيل غانم ص ٣٠٠ وما بعدها .

التخلص من التزام الاشتراك في تكاليف الأجزاء المشتركة، أم بقصد التخلص من التزاماته الأخرى [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... ونصيب كل شريك في التكاليف التزام فى ذمته لايستطيع التخلص منه ، حتى بالتخلص عن نصيبه في الأجزاء المشتركة، خلافا للقاعدة العامة التى تقضى بجواز التخلص من الالتزام إذا انبنى على حق عينى يتخلى صاحبه عنه . ولكن التخلص من الالتزام يتم إذا تخلى الشريك عن نصيبه المفرز ونصيبه الشائع معا"[٢].

٢٥٤- جزاء امتناع أعضاء الاتحاد عن أداء التزاماتهم الواردة بالنظام النموذجي لاتحاد الملاك :

نصت المادة ٣٠ من النظام النموذجى على أنه " إذا امتنع عضو الاتحاد عن أداء الاشتراكات أو التأمينات أو غيرها من الالتزامات الواجبة عليه وفقا للقانون أو لهذا النظام كان لمأمور الاتحاد أن يكلفه بالأداء ثم يستصدر أمرا بالأداء طبقا لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية "- فيشترط لسلوك طريق أوامر الأداء في استيفاء

---

(١) محمد علـى عرفه ص ٤٨٠ ومابعدها – محمد وحيد الدين سوار ص ٤٥٦ – نبيل سعد ص ٢١٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٦٢ .

هـذه الاشتراكات والتأمينات أو غيرها من الالتزامات الواجبة على عضـو الاتحـاد ، أن يكـون الدين ثابتا بالكتابة حال الأداء معين المقدار على النحو الموضح بالمادة ٢٠١ مرافعات ، فإذا لم تتوافر هـذه الشـروط فـي الدين تعين على مأمور الاتحاد سلوك طريق الدعوى بالإجراءات المعتادة .

ويعتـبر نـص المادة ٣٠ سالفة الذكر قليل الجدوى من الناحية العملـية لأنـه قلما تتوافر شروط إصدار أوامر الأداء المنصوص علـيها بالمادة ٢٠١ مرافعات في التزامات أعضاء الاتحاد ، وذلك نتـيجة عـدم إمكـان حصول المأمور على ورقة موقعا عليها من العضو تفيد مديونيته .

وقـد عـالج القـانون اللبنانى ذلك بالنص على اعتبار الانذار الموجه إلى المالك بمثابة سند خطى مثبت للدين (م ١٤) [١].

---

(١) فقـد نصـت المادة المذكورة على أن : " إذا لم يدفع المالك حصته من الـنفقات المشتركة أو لم يف بتعهداته تجاه جمعية المالكية ورغم الإنذار الموجـه إلـيه بواسطة الكاتب العدل يعتبر الإنذار المذكور بمثابة سند خطـى ويحق لمدير الجمعية بعد شهر من تبليغ الإنذار أن يراجع دائرة الإجراء وفقاً لأحكام قانون تحصيل الديون الثابتة بالكتابة ".

مـــادة (٨٥٩)

١- على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو .

٢- فـــإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات ، جاز للقاضى أن يأمـــر ببيع السفل . ويجوز فى كل حال لقاضى الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة .

الشـــرح

٢٥٥ـ السفل والعلو :

كـــان التقنيـــن المدنى السابق يعرف ملكية الطبقات فى صورة السـفل والعلـو، وهـى الصورة التى نقلها عن الفقه الإسلامى ، وتـــتلخص فى أن يكون كل من صاحب السفل وصاحب العلو مالكا لطـبقة بـــنائه ملكــية خالصة ، تشمل الحوائط والأرضية والسقف والـــنوافذ والأبواب . ويملك صاحب السفل الأرض التى يقام عليها البناء كله . أما صاحب العلو فله حق القرار على السفل وتبعا لهذا التصوير كانت المادة ٥٧/٣٦ من التقنين المدنى السابق تنص على أن : " علـــى مـــالك الطـــبقة السفلى إجراء ما يلزم لصيانة السقف والأخشـــاب الحـاملة له ، إذ أنها تعتبر ملكا له ، وعلى مالك الطبقة العلـــيا صيانة أرضية طبقته من بلاط وألواح ، وعليه أيضا إجراء مـــا يلزم لصيانة السلم من ابتداء الموضع الذى لاينتفع به صاحب الطبقة السفلى " .

وقد استبقى التقنين المدنى الجديد ملكية السفل والعلو كما كانت فى التقنين المدنى السابق . ونقل من هذا التقنين النصوص الخاصة بهذا الموضوع ، وكما نقل عن القضاء المصرى ما أقره من المبادئ فى هذا الشأن .

وبذلك ظل هذا التنظيم قائما بجانب التنظيم الآخر الذى نقله المشرع عن القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨، والذى يقوم على أن تكون العمارة من أجزاء مفرزة هى الطبقات والشقق لكل طبقة أو شقة مالك يستقل بها ، ومن أجزاء شائعة شيوعا إجباريا ، وهو التنظيم الذى عرضنا له فيما تقدم [١].

٢٥٦ـ التزامات متبادلة بين صاحب السفل وصاحب العلو:

رتب الشارع التزامات متبادلة بين ملاك الطبقات المختلفة ، وهذه الالتزامات مستمدة من طبيعة الأشياء ، إذ أن هذا النوع الخاص من الملكية يقتضى تساند الأجزاء المختلفة وارتكاز بعضها على البعض الآخر . وهذا الضرب من التساند والارتكاز يجعل كل جزء مفرز من هذه الملكية محملا بحقوق ارتفاق لمصلحة الجزء المستند إليه أو المرتكز عليه . وإذ كانت هذه التكاليف المتبادلة بين الأجزاء المملوكة ملكية مفرزة من قبيل الارتفاق ، وجب أن تسرى عليها الأحكام المقررة بالنسبة إلى حقوق الارتفاق .

---

(١) السنهورى ص ١٣٣٤ وما بعدها .

ولعل أثقل التكاليف هى ما يتحمل به صاحب السفل ، فهو ملزم بحكم موقع طبقته بأن يتحمل ثقل العلو ، وبالتالى أن يجرى فى طبقته سائر الأعمال التى تكفل أداء هذه الخدمة المفروضة عليه .

وصاحب السفل ليس ملزما فقط بأن يقف من التكليف المقرر على ملكه موقفا سلبيا ، كما هو الشأن بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق به وفقا للقواعد العامة (م ١٠٢١)، بل إن المشرع يلزمه بأن يتخذ الأعمال الإيجابية اللازمة لمواجهة هذا التكليف [١].

ومن هذا ما سنعرض له فى البند التالى .

٢٥٧ـ التزام صاحب السفل بالقيام بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو :

يلتزم صاحب السفل بالقيام بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو ، كأن يصلح جدارا داخل شقته يرتكز عليه العلو أو يرمم السقف الذى تستند إليه أرضية العلو .

غير أن صاحب السفل يستطيع طبقا للقواعد العامة أن يتخلص من هذا الالتزام بالتخلى عن ملكية السفل .

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"٢- أما صاحب السفل فعليه أن يقوم بكل الأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو . وهذا التزام إيجابى يستطيع التخلص

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٨١ .

منه بالتخلى عن ملكية السفل كما هى القاعدة . إذا امتنع عن القيام بالأعمال اللازمة ولم يتخل عن ملكية السفل .... ألخ[١].

٢٥٨ـ جــزاء إخلال صاحب السفل بالتزامه :

تــنص الفقرة الثانية من المادة على أنه : " فإذا امتنع عن القيام بهــذه الترميمات ، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل . ويجوز فى كــل حــال لقاضـــى الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة " .

فــإذا امتــنع صــاحب السفل عن القيام بالأعمال والترميمات اللازمـــة، جــاز لصاحب العلو أن يطلب من القاضى أن يأمر ببيع السفل لمن يشتريه ويرممه فيمتنع بذلك سقوط العلو .

وأمــر القاضـــى ببيع السفل جاء على خلاف القواعد العامة . ومن ثم فإن هذه السلطة التى أعطيت للقاضى هى سلطة جوازية [٢].

غير أن هذا لايمنع من أن يطلب صاحب العلو الإذن له بالقيام بترمــيم السفل على نفقة صاحب السفل بدلا من بيعه طبقا للقواعد العامــة المنصــوص عليها بالمادة ٢٠٩ مدنى التى تقضى بأنه فى الالــتزام بعمــل ، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ ص ١٦٧ ومابعدها .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٢١٨ – توفيق فرج ص ٣٠٦ .

يطلـــب ترخيصا من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا [١].

والقاضـــى يـــوازن بين ذلك وبين الأمر ببيع السفل على ضوء الاعتـــبارات المخـــتلفة التى تحيط بالموقف ، سواء من حيث قدرة صـــاحب الســـفل المالية أو مقدار النفقات اللازمة للترميم أو قيمة السفل . فإذا بان للقاضى أن النفقات اللازمة للترميم تحمل صاحب الســـفل عبـــئا فوق طاقته ، أو أن هذه النفقات من الجسامة بحيث لاتتناسب مطلقا مع قيمة السفل ، جاز له أن يأمر ببيع السفل . وإذا بان للقاضى غير ذلك جازله أن يرخص لصاحب العلو فى أن يقوم بالترميم على نفقة صاحب السفل [٢].

وتقضى المادة بأنه يجوز فى كل حال لقاضى الأمور المستعجلة أن يأمـــر بإجـــراء الترميمات العاجلة . ومن ثم فلا يحق لصاحب العلـــو أن يقـــوم بالترميمات فى حالة الاستعجال على نفقة صاحب الســـفل دون ترخيص من القضاء ، وذلك على خلاف ما تقضى به القواعد العامة (م ٢٠٩/٢ مدنى).

---

(١) عـــبد المنعم البدراوى ص ٢١٨ – السنهورى ص ١٣٣٨ – نبيل سعد ص ٢١٧ ومابعدها .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٢٧٢ ومابعدها – أحمد سلامه ص ٤٤٢ وهامش (٣)– محمد على عرفه ص٤٨٣– منصور مصطفى منصور ص٤٤٢.

فقــد أراد الشارع أن يجعل التقدير فى حالة الاستعجال للقضاء من أول الأمر ، وذلك نظرا إلى ما يلقى على عاتق صاحب السفل فى هذه الحالة من عبء مالى قد يكون كبيرا [١].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٢٧٣.

مـادة (٨٦٠)

١- إذا انهـدم البـناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سـفله. فـإذا امتنع جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه .

٢- وفـى الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدى ما في ذمته ، ويجوز له أيضـا أن يحصـل علـى إذن في إيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه.

الشـرح

٢٥٩ـ التزام صاحب السفل بتجديد البناء :

يلـتزم صـاحب السفل بإعادة بناء طبقته من جديد إذا انهارت الـدار لأى سبب كان ، أى سواء كان انهيارها لقدمها أم لاحتراقها أو لنسفها بغارة جوية أم بغير ذلك .

وواضـح أن هـذا الالتزام مخالف للقواعد العامة في الملكية ، فالأصل أن المالك حرفى أن يبنى في ملكه أو يمتنع عن البناء فيه، وهـو غـير مقيد أيضا بالبناء في وقت معين . ولكن هذه القواعد العامـة لايمكـن أن تتسق مع نظام ملكية الطبقات الذى يربط فيه مصـير كل طبقة بمصير الطبقات الأخرى ، وهو ما يستدعى تقييد ملكـية جمـيع ملاك الطبقات بالقيود اللازمة لتمكين الآخرين من الانتفاع بملكهم .

وبمـــا أن هذا القيد استثنائى ، فيجب عدم التوسع في تفسيره . وبـــناء على ذلك لا تكون الدعوى بإعادة بناء السفل مقبولة إلا بعد انهـــدام البناء فعلا ، فلا يجوز للقاضى أن يأمر بهدم بناء آيل إلى السـقوط وإعـــادة بنائه من جديد ، بل يجب على صاحب العلو في مـــثل هذه الحالة أن يلجأ إلى السلطة الإدارية المختصة لتأمر بهدم البناء أولا، ثم يلجأ إلى القضاء عند عدم تنفيذ الأمر الصادر بالهدم . فإن هو لجأ إلى القضاء مباشرة ليطالب بالهدم والتجديد معا ، كانت دعواه سابقة لأوانها متعينا الحكم بعدم قبولها [1].

ويشـــترط بداهة ألا يكون انهدام البناء راجعا إلى خطأ صاحب العلـــو ، كـــأن يكون قد أقام عليه مبانى لا يتحملها ، فإن صاحب السـفل لايلتزم بإعادة بناء سفله في هذه الحالة . بل إنه يستطيع أن يــرجع على صاحب العلو بتعويضه عن الضرر الذى أصابه نتيجة لتهدم سفله ، ويظل رغم ذلك غير ملتزم بإعادة بنائه .

ولكـــن إذا أعاد صاحب السفل من تلقاء نفسه بناء سفله ، كان لصـــاحب العلو أن يعيد بناء علوه كذلك ، لأن له حق التعلى على ذلك السفل [2].

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٨٤ - محمد كامل مرسى ص ٢٠٩ .

(٢) أحمـــد سلامـــه ص ٤٤٣ - محمد لبيب شنب ص ٣٧٨ - نبيل ســـعد ص ٢١٨.

٢٦٠ـ جزاء إخلال صاحب السفل بالتزامه :

إذا امتنع صاحب السفل عن إعادة بناء سفله ، جاز للقاضى أن يأمـر ببيع السفل إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه .

فصاحب العلو بالخيار بين أن يطلب بيع السفل أو أن يعيد بناءه علـى نفقـة صـاحبه . فلا يجوز للقاضى أن يحكم من تلقاء نفسه بالأمـر الـثانى ، وإلا يكـون قد قضى بما لم يطلب منه ، إذ أن الدعـوى تعتـبر مرفوعة أصلا بطلب بيع السفل ، طالما أن مالك العلـو لـم يبد استعداده للإنفاق على إعادة بناء السفل واستيفاء ما يـنفقه في هذا السبيل وفقا للأحكام المقررة بالفقرة الثانية من المادة ٨٦٠ (١).

ولايسـتطيع صاحب السفل التخلى عن التزامه بإعادة البناء إلا إذا تخلى من ملكيته ، وهذا فرض نادر لأنه يكون من مصلحته بيع السفل (٢).

وإذا أذن القاضـى لصاحب العلو بأن يعيد بناء السفل على نفقة صـاحبه . فإنه يكون لصاحب العلو حق الحبس استيفاء لما أنفق .

---

(١) أحمد سلامه ص ٤٠٧ – السنهورى ص ١٢٧٢ ومابعدها – الصده ص ٣٤٣ ومابعدها .

(٢) محمد عرفه ص ٤٨٥ – عبد المنعم الصده ص ٢٧٤ .

ومــن مقتضى هذا الحق أن يمنع صاحب العلو صاحب السفل من السكنى والانتفاع إلى أن يؤدى ما في ذمته . حتى ولو كان القاضى قد منح صاحب السفل أجلا أو آجالا للوفاء، ذلك أن الأجل القضائى لايمنع من استعمال حق الحبس .

وزيــادة على حق الحبس أعطى المشرع لصاحب العلو سلطة أخــرى هــى الحصول من القاضى على إذن في تأجير السفل أو سكناه استيفاء لحقه، وحينئذ يحدد القاضى الأجرة التى يقوم صاحب العلــو في التأجير بها ، أو التى يلتزم بدفعها مقابل سكنى السفل . وفى الحالتين تخصم الأجرة من المستحق في ذمة صاحب السفل[1].

أما إذا قرر القاضى – بناء على طلب صاحب العلو بيع السفل فــإن الثمــن يكــون من حق صاحب السفل ، فهو مالكه ، ويلتزم المشــترى بإعــادة بناء السفل ، فهو قد اشترى على هذا الشرط . ولاشىء يمنع أن يكون المشترى هو صاحب العلو ، وحينئذ ينقضى حــق القرار لاتحاد المالك ويكون له أن يتصرف كيف يشاء ، يبنى أو ألا يبنى وبالشكل الذى يفضله [2].

---

(١) أحمد سلامه ص ٤٤٤ .

(٢) السنهورى ص ١٣٤٢ – أحمد سلامه ص ٤٤٤ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" .... بـل إن المشروع سار شوطا أبعد من التقنين الحالى في الأخـذ بالشريعة الإسلامية في هذه المسألة الهامة ، فألزم صاحب السـفل إذا انهـدم سـفله أن يعـيد بناءه وإلا بيع السفل ، ويجوز لصـاحب العلـو أن يعيد بناء السفل على نفقة صاحبه وله أن يمنع صـاحب السـفل من سكناه والانتفاع به حتى يوفيه حقه ، وله أن يؤجره بإذن القاضى ويستخلص حقه من أجرته " [١].

والراجح أنه لايجوز أن يقضى على صاحب السفل بالتعويضات عند امتناعه عن البناء .

يؤيـد ذلـك حـرص المشـرع على أن يحدد في المادة ٨٦٠ الجزاءات المختلفة التى يستتبعها الامتناع عن إعادة البناء وليس من بينها جواز الحكم بتعويضات [٢]. وبما أن هذه المادة تضمنت حكما اسـتثنائيا ومخالفـا للقواعد العامة فيجب عدم التوسع في تفسيرها جريا وراء ما تقضى به هذه القواعد [٣].

كمـا أن تكليف صاحب السفل بالبناء ، وإلزامه بالتعويض عند عدمـه، قـد يكون فيه إلزام بأمر متعذر ، وتكليف بما لا يستطاع، لجواز عدم قدرته على ذلك [٤].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٦٨ .
(٢) محمد كامل مرسى ص ٢١١- محمد على عرفه ص ٤٨٥ .
(٣) محمد على عرفه ص ٤٨٥ .
(٤) محمد كامل مرسى ص ٢١١ .

مـــادة (٨٦١)

لايجــوز لصـــاحب العلو أن يزيد في ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل .

الشـــرح

٢٦١ـ التزام صاحب العلو بألا يزيد في ارتفـاع بنائه :

أوجبــت المـــادة علـــى صاحب العلو ألا يزيد في ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل .

وهــذا الحكــم نص عليه في المادة ٥٦/٣٥ من القانون المدنى القديم ، وهو مأخوذ من الشريعة الإسلامية ، فقد جاء في المادة ٦٨ مـــن مرشـــد الحيران : لايجوز لذوى العلو أن يبنى في علوه بناء جديــدا ، ولا أن يزيد في ارتفاعه بغير إذن صاحب السفل ، إلا إذا علم أنه لايضر بالسفل ، فله ذلك بغير إذن صاحب السفل .

فلا يجوز لصاحب العلو أن يزيد في ارتفاع طابقه إذا كان هذا يضر بالسفل ، أما إذا كان ذلك لايضر فلا يكون محظورا .

وكذلك يجوز لصاحب العلو أن يبنى طابقا فوق علوه طالما كان ذلـــك غـــير ضــــار بصاحب السفل لأنه يملك العلو ملكية مفرزة ، ويدخـــل فيه الحيطان الرئيسية والسقف والسطح ، وطالما كان ذلك

لايخالف تشريعات البناء [١]. ولايوجد شرط فى سند الملكية يمنعه من ذلك .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ١- أمـــا صاحب العلو فلا يجوز له أن يزيد في ارتفاع بنائه بحيـــث يضر بالسفل ، ولا أن يأتى أى عمل من شأنه أن يزيد في عبء السفل (م ١٢٣٠ من المشروع وتوافق م ٥٦/٣٥ من التقنين الحالى و م٦٨ من مرشد الحيران " [٢].

وبالإضافة إلى هذا الالتزام السلبى الذى تتحدد به حدود صاحب العلـــو، فـــإن عليه التزاما إيجابيا بصيانة سطح أرضية طبقته حتى لاتنكشف فيترتب على ذلك الإضرار بالقاعدة المكونة لسقف السفل.

وكانت المادة ٥٧/٣٦ من التقنين المدنى القديم تنص على ذلك بقولهـــا : " على مالك الطبقة العليا صيانة أرضية طبقته من بلاط وألواح " .

---

(١) الســـنهورى ص ١٢٤٤ - محمد لبيب شنب ص ٣٧٩ - نبيل سعد ص ٢١٩ - وعكـــس ذلك عبد المنعم الصده ص ٢٧٥ ، اسماعيل غانم ص ٢٩٨ هـــامش (١) ومابعدهـــا - فـــيريان أنه لايجوز لصاحب العلو أن يضيف طبقات جديدة ، ولو كان هذا لايضر بالسفل ، إلا بموافقة الملاك الآخريـــن ، لأن التعلـــية تمس حقوق الملاك جميعا الأرض والأجزاء المشتركة الأخرى .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ١٦٨ .

وواضـــح من ذلك أن التزام صاحب العلو يقتصر على صيانة ســطح الأرضية ، أما قاعدتها فهى ملك لصاحب السفل باعتبارها العنصــر الأساس في سقف طبقته ، ولذلك نصت المادة ذاتها على أن " علـــى مـــالك الطــبقة الســفلى إجراء ما يلزم لصيانة السقف والأخشاب الحاملة لها [١].

ويلـــتزم صـــاحب العلو أيضا بعدم تحميل السقف فوق طاقته . كـــأن يضــــع صاحب العلو بضائع أو أشياء ثقيلة لاتحتملها أخشاب الســقف . ذلك أن استعمال المالك لطابقه أو شقته يجب ألا يترتب عليه الاضرار بحقوق الآخرين[٢] .

ويجــوز لصاحب العلو لاسترداد ما أنفقه من مصروفات قياسا على ما سيجئ في المادة ٨٦٠/٢ مدنى أن يحبس السفل في يده إذا كـــان قــد تســلمه لترميمه ، وأن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدى ما في ذمته . ويجوز لصاحب العلو أيضا أن يحصل على إذن في إيجار السفل أو سكناه ، استيفاء لحقه ، وهذا كله تطبيق للقواعد العامة [٣].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٢٠ وهامش (٢) – وعكس ذلك عبد المنعم البدراوى ص ٢٢٠ فـــيرى أن صـــيانة قواعـــد الأرضيات يتحملها جميع الملاك لكونها من الأجزاء المشتركة .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٢٧٥ – نبيل سعد ص ٢١٩.

(٣) السنهورى ص ١٣٣٨ – عبد المنعم البدراوى ص ٢١٨– أحمد سلامه ص ٤٤٢ .

اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد :

مـــادة (٨٦٢)

١- حيـــثما وجـــدت ملكية مشتركة لعقار مقسم إلى طبقات أو شقق حاز للملاك أن يكونوا اتحادا فيما بينهم .

٢- ويجوز أن يكون الغرض من تكوين الاتحاد بناء العقارات أو مشتراها لتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها .

الشرح

٢٦٢ـ حكمة تكوين اتحاد ملاك طبقات وشقق البناء الواحد:

رأينا سلفا أن ملكية الطبقات أو الشقق تؤدى إلى اختصاص كل مـــالك بملكـــية طبقة أو شقة ملكية مفرزة ، بالإضافة إلى مشاركته ســـائر المـــلاك في ملكية الأجزاء المشتركة ، وتشكل هذه الملكية الأخـــيرة نوعا من الشيوع الإجبارى ، وكانت تنطبق على إدارتها أحكـــام الشـــيوع عامـــة (مادة ٨٢٥ مدنى وما بعدها) ونظرا لأن الشـــيوع هنا شيوع دائم إجبارى ، ولايجوز فيه طلب القسمة ، في حين أن الشيوع العادى شيوع مؤقت يجوز فيه طلب القسمة فتضع القسمة حدا لمتاعب الإدارة المشتركة ، فقد رأى المشرع أن أحكام الشـــيوع قـــد لاتحقق المصلحة في إدارة الأجزاء المشتركة للبناء المملـــك طبقات أو شققا ، فكفل لملاك الطبقات والشقق أن يكونوا

اتحـــادا منهم لإدارتها ، وجعله اختياريا لهم . فمن حقهم إذا شاءوا تكوينه وإلا استبقوا أحكام الشيوع المشار إليها .

٢٦٣ـ تكوين الاتحاد اختيارى طبقا للتقنين المدنى :

تكويـــن الاتحاد اختيارى طبقا للتقنين المدنى ، فلا يجبر الملاك علـــى الدخـــول فـــيه ، إلا أنه يلزم لتكوينه إجماع ملاك الطبقات والشقق ، فهو لايقوم إلا بإجماع الملاك[1] .

٢٦٤ـ تكوين الاتحاد قد يكون إجباريا طبقا لأحكام القانون رقم ٤٩ لسنة١٩٧٧ :

تـــنص المـــادة ٧٣ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجيروبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجرعلى أنه : " إذا زادت طـــبقات المبنى أو شققه على خمس وجاوز عدد ملاكها خمســـة أشخاص قام بقوة القانون اتحاد الملاك المنصوص عليه في المـــادة (٨٦٢) مـــن القانون المدنى وفى تطبيق هذا الحكم يعتبر ملاك الطبقة أو الشقة الواحدة مالكا واحدا ولو تعددوا ويكون البائع للعقـــار بالتقسيط عضوا في الاتحاد حتى تمام الوفاء بكامل أقساط الثمن ، كما يكون المشترى بعقد غير مسجل عضوا في الإتحاد ".

---

(٢) كـــان نص المادة ٨٦٢ في مشروع التقنين المدنى يسمى الاتحاد " نقابة" إلا أن لجنة المراجعة بمجلس النواب عدلت هذه التسمية واستبدلت كلمة "الاتحاد" بكلمة "النقابة" – مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٦ ص ١٦٩ وما بعدها .

فالاتحـــاد يقـــوم بقوة القانون إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في هذه المادة أى أن الاتحاد يكون إجباريا . ولما كان أغلب المـــبانى التى تملك شققها الآن يتوافر فيها هذان الشرطان فإنه يبدو أن قـــيام الاتحاد بقوة القانون أصبح هو الأصل من الناحية العملية بحيث لايجوز الاتفاق على ما يخالفه عند توافر هذين الشرطين .

وينطـــبق حكم النص على كافة المبانى ، أى لايشترط أن يكون المبنى في إحدى عواصم المحافظات المعتبرة مدنا بالتطبيق لأحكام القرار بقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ (المعدل) بإصدار نظام الإدارة المحلية أو فى إحدى القرى أو المناطق السكنية الأخرى التى يصدر قرار من وزير الإسكان بسريان أحكام الباب الأول من القانون ٤٩ لســـنة ١٩٧٧ عليها ، لأن المقصور على الجهات المشار إليها هو أحكـــام الـــباب الأول فقط من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وهو الباب الخـــاص بإيجار الأماكن ، ولايسرى هذا القصر على أحكام الباب الرابع المتعلقة بتمليك العقارات وباتحادات ملاك العقارات المقسمة إلى طبقات أو شقق [1].

---

(١) الدكـــتور سليمان مرقس شرح قانون إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجريـــن والمستأجرين الطبعة الثانية جـ٢ سنة ١٩٨٣ ص ٧٦٥ - مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في إيجار وبيع الأماكن الخالية الجـــزء الثالـــث الطـــبعة الخامسة عشرة ٢٠٠٢- ٢٠٠٣ ص ٤٣٤- وعكـــس ذلـــك الدكـــتور عـــبد الناصر العطار في مؤلفه تملك الشقق

وبالترتيب على ذلك عند حصول تعارض بين أحكام التقنين المدنى والأحكام الواردة بالقانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ يطبق القانون الأخير باعتباره لاحقا على التقنين المدنى . ولايجوز للقرار الوزارى رقم ١٩٧٩/١٠٩ مخالفة أحكام التقنين المدنى أو القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ .

وقد أفصحت المذكرة الإيضاحية للقانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ عن دواعى جعل اتحاد الملاك إجباريا بقولها :

" إذ إزاء انتشار ظاهرة التمليك ورغبة في إطالة أعمار العقارات المقسمة لطبقات أو شقق والمملوكة ملكية مشتركة ، وضمانا لحسن إدارتها وحسن الانتفاع بها فإن الأمر يقتضى تنظيم

والطبقات ص ٩٤ ويبدو أن محكمة النقض تأخذ بالرأى الأخير إذ قضت بأن :

" إن النص في المادة ٧٣ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر- التى أبقى عليها القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ – على أن " إذا زادت طبقات المبنى أو شققه على خمس ، وجاوز عدد ملاكها خمسة أشخاص قام بقوة القانون اتحاد الملاك المنصوص عليه في المادة ٨٦٢ من القانون المدنى ... ويكون البائع بالتقسيط عضوا في الاتحاد حتى تمام الوفاء بكامل أقساط الثمن ، كما يكون المشترى بعقد غير مسجل عضوا في الاتحاد" مؤداه أن اتحاد الملاك – قبل نفاذ القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦- كان ينشأ بقوة القانون بمجرد زيادة عدد الشقق على خمس ، وملاكها على خمسة أشخاص، حتى ولو لم يكن له نظام مكتوب أو مجلس إدارة".

(طعن رقم ٥٤١٤ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/٢/١٣)

العقـــارات مشتركة الملكية على نحو يتفادى ما هو ملحوظ الآن من تفكـــك الروابط بين أصحاب الشقق في العقار الواحد بسبب الأحكام التى وضعها القانون المدنى في شأن اتحاد الملاك لأنها جوازية مما أدى إلـــى عـــدم العناية الواجبة ، بمرافق المبنى المشتركة فتعطل الكثير منها وأصبحت مصالح المشترين أنفسهم مهددة " (١).

٢٦٥ـ الغرض من تكوين الاتحاد :

الغـــرض مـــن تكوين الاتحاد هو إدارة الأجزاء المشتركة من العقـــار على خير وجه – كما سنرى- إلا أنه ليس من الضرورى أن يـــتكون هذا الاتحاد بعد إنشاء البناء بل يجوز أن يكون الغرض مـــن تكوينه هو بالذات الحصول على بناء متعدد الطبقات أو الشقق يبنـــيه الاتحـــاد أو يشتريه ثم يوزع طبقاته وشققه على الأعضاء . والغرض الأخير هو ما أصبح شائعا الآن بعد انتشار ظاهرة تمليك الشقق .

---

(١) وقد جاء بتقرير لجنة الإسكان والمرافق العامة والتعمير بمجلس الشعب ما يأتى :

" ناقشت اللجنة في هذا الفصل (الفصل الثانى في اتحاد الملاك) مناقشة واســـعة تـــم فيها استعراض كل ما ورد بالقانون المدنى في شأن ملكية الطـــبقات ، وقـــد استبان أن هذا الفصل يستهدف إطالة أعمار العقارات المقســـمة لطـــبقات أو شقق والمملوكة ملكية مشتركة ، وضمان حسن إدارتهـــا والانتفاع بها بما يكفل تفادى تفكك الروابط بين أصحاب الشقق في العقار الواحدمع أنه تقع عليهم التزامات الصيانة بوصفهم ملاكا".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"المادة ١/٩٤٨ من القانون المدنى قد أجازت النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة قبل البيع وعلى ذلك فإن أقام الشركاء المشتاعون بـــناء بقصد تمليك طوابقه وشققه للغير بطريق البيع عد هذا نزولا مـــنهم عن حقهم في أخذ الطوابق أو الشقق بالشفعة عند بيع أحدهم لنصـــيبه فيها وهذا هو المفهوم الصحيح لإرادة الشركاء المشاعين في نظام تمليك الطوابق أو الشقق " .

(طعن رقم ٥٣١ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/٦/٧)

وأوضـــحت المادة ٧٤ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ مهمة الاتحـــاد بأنهـــا ضمان الانتفاع بالأجزاء المشتركة بالعقار وحسن إدارتهـــا ، ورددت المادة الثانية من النظام النموذجى لاتحاد الملاك ذلك بقولها :

" أغــراض الاتحـــاد هـــى ضمان حسن الانتفاع وحسن إدارة وصيانة الأجزاء المشتركة فى العقار المشار إليه في المادة السابقة".

فمهمـــة الاتحـــاد تقتصـــر على إدارة الأجزاء المشتركة ، أما الأجـــزاء الخاصـــة فهى تخضع في إدارتها لسلطة المالك ، بشرط عـــدم مراعاة ما قد يرد من قيود بالنظام النموذجى . ولذلك نصت

المــادة ٢٨/ب مــن النظام النموذجى على أن يتحمل العضو دون سواه نفقات صيانة واصلاح الأجزاء المملوكة له ملكية مفرزة .

عضــوية اتحــاد المــلاك طبقا لأحكام القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ للنظام النموذجى لاتحاد الملاك .

٢٦٦ـ من هم أعضاء الاتحاد ؟

١- مــالك الطــبقة أو الشقة . فإذا تعدد ملاك الطبقة أو الشقة الواحــدة ، كانت العضوية لمن يمثلهم (م٧ من النظام النموذجى)، وقــد أوجبــت المادة ١٠ من النظام النموذجى على الملاك في هذه الحالة أن يختاروا من يمثلهم في عضوية الاتحاد . فإن تعذر اتفاقهم عين من يمثلهم بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائــرتها العقار طبقاً لأحكام المادة (١١) ، أى بناء على طلب أحد الشركاء بعد إعلان الملاك الآخرين لسماع أقوالهم .

كمــا يصبح عضواً فى الاتحاد كل من يتملك شقة أو طبقة منه فى تاريخ لاحق على قيد الاتحاد ، وتبدأ العضوية من تاريخ التمليك (م٨ من النظام النموذجى) .

٢- بــائع العقار بالتقسيط . فقد نصت المادة ٢/٧٣ من القانون رقــم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على أن يكون البائع للعقار بالتقسيط عضواً فى الاتحاد حتى تمام الوفاء بكامل أقساط الثمن .

ويستوى فى ذلك أن تكون الملكية قد انتقلت إلى المشترى أم لم تنتقل ، لأن الملكية فى البيع بالتقسيط تنتقل إلى المشترى بالتسجيل ولــو لــم يــتم سداد الثمن ما لم ينص فى العقد على احتفاظ البائع بالملكية حتى سداد الثمن .

ويحدد نصيب البائع بنسبة ما لم يسدد من أقساط الثمن، وينتقص هــذا النصيب من نصيب المشترى منه بالتقسيط " ملحوظة هامشية للمادة ٧ من النظام النموذجى ".

إمــا إذا تعدد هؤلاء البائعون ، فإنه يمثلهم فى عضوية الاتحاد ممــثلهم (م ٧ من النظام النموذجى) وعلى البائعين أن يختاروا من يمثلهم فى عضوية الاتحاد ، فإن تعذر اتفاقهم يعين من يمثلهم بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار ، بناء علــى طلب الشــركاء بعد إعــلان الملاك الآخرين لسماع أقوالهم (م ١١ من النظام النموذجى) .

والحكمــة مــن منح العضوية للبائع بالتقسيط ، أن باقى الثمن المســتحق له مضــمون بامتياز البائع، فيكون البائع ذا مصلحة فى الســهرعلى ســلامة الأجزاء المشتركة من البناء ولايتيسر ذلك إلا بضمه إلى عضوية الاتحاد .

٣- المشـــترى بعقد غير مسجل . فقد نصت المادة ٢/٧٣ من القـــانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على أن يكون المشترى بعقد غير مسجل عضـــوا فـــى الاتحاد [١]، وذلك بالرغم من أن الملكية لاتنتقل فى المـــواد العقاريــــة ســـواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل ، ويستوى أن يكون المشترى قد تسلم الشقة المبيعة أم لم يتسلمها . والحكمة فى ذلك أن المشترى بعقد غير مسجل أصبح ذا حقـــوق ومصـــالح تـــتعلق بالأجزاء المشتركة من العقار ، فيتعين إعطاؤه عضوية الاتحاد ليزود عن مصالحه [٢].

بذلـــك يكـــون الحد الأدنى لعدد أعضاء الاتحاد ستة غير بائع العقار بالتقسيط [٣].

٢٦٧ـ زوال العضويـــة :

تزول عضوية الاتحاد فى إحدى الحالتين الآتيتين :

---

(١) أيضا ملحوظة هامشية للمادة (٧) من النظام النموذجى .

(٢) مرقس جـ٢ ص ٧٦٦ .

(٣) ملحوظة هامشية للمادة (٧) من النظام النموذجى .

١- انتقال ملكية عضو الاتحاد لنصيبه فى العقار إلى الغير بحيث لا يصبح مالكا لشقة أو طبقة فيه (م٩/١ من النظام النموذجى).

٢- تمام سداد أقساط الثمن بالنسبة إلى بائع العقار بالتقسيط وذلك فى الحالات التى يحتفظ فيها البائع بالملكية حتى سداد الثمن. (م٩/٢ من النظام النموذجى) .

٢٦٨ـ مقرر الاتحاد :

يحدد الاتحاد مقراً له ، ويكون هذا المقر داخل العقار أو خارجه (ملحوظة هامشية للمادة ٣ من النظام النموذجى) .

ومن المستحسن تخصيص مقر للاتحاد داخل العقار ذاته .

٢٦٩ـ مدة الاتحاد :

مدة الاتحاد غير محدودة ، وتبدأ من تاريخ قيده بالوحدة المحلية المختصة وفقاً لأحكام القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ (م ٩ من النظام النموذجى) .

٢٧٠ـ انقضاء الاتحاد :

تنص المادة ٣١ من النظام النموذجى على أن الاتحاد ينقضى لأحد سببين :

١- التعديل فى ملكية العقار بحيث يقل عدد ملاكه عن ستة وذلك ما لم يتفق الملاك كتابة على استمراره .

٢- هلاك العقار .

فبالنســبة للســبب الأول فإن الاتحاد ينقضى نتيجة التعديل في ملكــية العقــار بحيــث يقل عدد ملاكه عن ستة ، ويتحقق ذلك في الفروض الآتية :

(أ) نــزع ملكية العقار للمنفعة العامة ، ذلك أن ملكية العقار في هذا الفرض تنتقل إلى الدولة أى إلى مالك واحد .

(ب) أيلولة ملكية العقار بأكمله إلى أحد الأفراد .

(ج) قيام اثنين من ملاك الطبقات أو الشقق أو أكثر بشراء باقى الطــبقات أو الشــقق وتوزيع ملكية الطبقات أو الشقق عليهم بحيث يترتب على ذلك أن يقل عدد الملاك عن ستة .

أمــا بالنســبة للسبب الثانى . وهو هلاك العقار فلا يحتاج إلى تفصيل . وفى هذه الحالة تطبق القواعد العامة في المسئولية الواردة فــي القانون المدنى فيما يختص بالتعويض المستحق للملاك . ولما كانــت الجمعية العمومية للاتحــاد هى التى تتولى تصفيــة الاتحاد (م ٣٢ من النظام النموذجى) فإنها تقوم بتوزيع التعويض المستحق لكل مالك طبقاً لنصيبه في العقار .

٢٧١- تصفية الاتحاد :

تــتولى الجمعية العمومية تصفية الاتحاد في حالة انقضائه وفقاً للقواعد التى تحددها (م ٣٢ من النظام النموذجى) .

وفى سبيل هذه التصفية للجمعية أن تقوم بما يأتى :

١- تحصيل الديون الاحتمالية ضد الملاك القدامى ، بحيث يلزم كل منهم بسداد حصته فيها اعتباراً من تاريخ التصرف في حصته، كما تقوم بتسوية ديون الاتحاد .

٢- إذا كانت الديون أكبر من الأصول فإنه يجب توزيع الفرق على الملاك بنسبة توزيع الأعباء .

٣- إذا كانت الأصول أكبر من الديون ، فإن هذا الرصيد المتبقى يوزع على الملاك بنسبة حصة كل مالك في العقار [(١)].

٢٧٢- توفيق أوضاع الاتحادات القائمة مع أحكام القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ :

تقدم القول أن قيام اتحادات الملاك في ظل القانون المدنى كان جوازياً ويخضع في أحكامه للمادة ٨٦٢ مدنى وما بعدها .

كما أوضحنا أن القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ جعل قيام هذه الاتحادات إجبارياً بقوة القانون طالما توافر الشرطان المنصوص عليهما في المادة ٧٣ . وقد نصت المادة ١/٧٤ على أن يصدر وزير الاسكان والتعمير بقرار منه نظاماً نموذجياً لاتحادات ملاك العقارات لضمان الانتفاع بالأجزاء المشتركة بالعقار وحسن إدارتها.

---

(١) الدكتور سمير كامل ص ١٤٩ وما بعدها .

ثم أوجبت الفقرة الثالثة من المادة على اتحادات ملاك العقارات القائمة وقت العمل بهذا القانون في ١٩٧٧/٩/٩ أن تعدل أوضاعها بمـا يتفق وأحكامه وذلك خلال ستة أشهر من تاريخ العمل بالقرار المشار إليه في المادة .

ولمـا كان قرار وزير الإسكان رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ بإصدار النظام النموذج لاتحاد الملاك ، قد عمل به من تاريخ نشره بالوقائع المصـرية بـتاريخ ١٩٧٩/٧/١٦ ، فإن مدة ستة الأشهر المذكورة تحسب من هذا التاريخ ، وتنتهى في ١٦ يناير ١٩٨٠.

ومـن ثم فـإن اتحادات المـلاك المشار إليها تكون قد ألزمت بـأن تـوفق أوضاعها وفقـاً للنظـام النموذجى خلال الفترة من ١٩٧٩/٧/١٦ حـتى ١٦ يـناير ١٩٨٠ ، وذلك بأن تقيد نفسها في سـجلات الوحدات المحلية وأن تتقيد بكافة أحكام هذا النظام ، وإن كـان لهـا أن تضيف إليه بواسطة جمعياتها العمومية ما تراه من أحكـام بشرط ألا تتعارض مع أحكام القانون المدنى أو القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ أو أحكام النظام نفسه .

٢٧٣ـ قيام اتحادات ملاك فى المبانى القائمة ولم يكن بها اتحادات للملاك :

بمقتضى الفقرة الرابعة من المادة ٧٤ يجب قيام اتحاد للملاك ، بالمبانى القائمة فى تاريخ العمل بالقانون٤٩/١٩٧٧ والتى لم يتكون

بها اتحادات للملاك طبقا للقانون المدنى، وذلك متى توافر الشرطان المنصوص عليهما في المادة ٧٣ من القانون .

مراقبة اتحادات الملاك طبقا للقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ :

٢٧٤ـ النص القانونى :

المادة (٧٥) :

" تـتولى الوحدة المحلية المختصة مراقبة قيام الاتحادات المبينة في هذا القانون ، والإشراف على أعمالها ويكون لها على الأخص ما يلى :

(أ) قيد الاتحاد ، وبيان أسماء أعضائه وممثله القانونى .

(ب) دعوة الاتحاد إلى الاجتماع لمباشرة أعماله .

(ج) تعيين مأمور مؤقت للاتحاد إلى أن يتم اختياره أو تعيينه وفقاً لأحكام القانون المدنى .

(د) منح المأمور كل أو بعض سلطات الاتحاد إذا قصر أو تراخى فى القيام بواجباته .

(هـ) فحص الشكاوى والتظلمات التى تقدم من ذوى الشأن في قرارات الاتحاد ، أو تصرفات المأمور ، وإبداء الرأى للاتحاد في شأنها لاعادة النظر فيها إذا اقتضى الأمر ذلك " .

٢٧٥ـ واجب الملاك نحو إخطار الوحدة المحلية بتوافر شرطى الاتحاد :

منحت المادة الوحدة المحلية المختصة سلطة مراقبة قيام اتحادات الملاك والإشراف على أعمالها بالتفصيل الذى سيرد . وحتى يتسنى للوحدة المحلية المختصة العلم بوجود العقارات التى ينطبق عليها شرطا قيام الاتحاد فقد أوجبت المادة ١/٢ من القرار الوزارى بإصدار النظام النموذجى لاتحاد الملاك على كل من يملك طبقة أوشقة في مبنى يزيد عدد طبقاته أو شققه على خمس ويجاوز عدد ملاكها خمسة أشخاص أن يخطر الوحدة المحلية المختصة بذلك بكتاب موصى عليه بعلم الوصول خلال ثلاثين يوماً من تاريخ العمل بقرار وزير الاسكان رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ بإصدار النظام النموذجى لاتحاد الملاك .

كما أوجبت المادة ١٢ من النظام النموذجى إخطار الوحدة المحلية المختصة بكل تعديل في عضوية الاتحاد أو في ملكية الأعضاء أو في ممثلى ملاك الطبقة أو الشقة أو ممثلى البائعين بالتقسيط خلال أسبوع من تاريخ وقوعه . ويقوم بهذا الإخطار مأمور الاتحاد ، والهدف من ذلك وقوف الوحدة المحلية المختصة على ما يطرأ من تطور على الاتحاد .

والوحـــدة المحلية المختصة هى المحافظة أو المدينة أو القرية الكائـــن في دائرتها العقار ، والوحدة المحلية للحى في المحافظات والمـــدن المقســـمة إلى أحياء (م٣/١ من القرار الوزارى بإصدار النظام النموذجى) .

٢٧٦ـ سلطة الوحـدة المحلـية في مراقـبة قيام اتحادات الملاك والإشراف على أعمالها :

خـــول الـــنص الوحـــدة المحلـــية المختصة سلطة مراقبة قيام الاتحادات المبينة في القانون ، والإشراف على أعمالها .

وتخويل الوحدات المحلية هذه السلطة يؤدى إلى ضمان تشكيل اتحادات ملاك العقارات طبقاً للشروط والنظم التى وضعها القانون والنظام النموذجى لاتحاد الملاك ، لاسيما وأن هذه الاتحادات تقوم مـــن تلقـــاء نفســـها وبقوة القانون أى دون عمل إرادى من جانب الملاك.

ونصت المادة على أن يكون للوحدة المحلية على الأخص في مجال المراقبة والإشراف ما يلى :

(أ) قيد الاتحاد وبيان أسماء أعضائه وممثله القانونى :

تـــتولى الوحـــدة المحلية **قيد** اتحاد الملاك وبيان أسماء أعضائه وممـــثله القـــانونى . ولتيســـير ذلك أوجبت المادة ١/٢ من القرار الـــوزارى رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ بإصدار النظام النموذجى لاتحاد المـــلاك- كما أوضحنا سلفاً – على كل من يملك طبقة أو شقة فى

مبـــنى يـــزيد عدد طبقاته أو شققه على خمس ويجاوز عدد ملاكها خمســـة أشـــخاص أن يخطر الوحدة المحلية المختصة بذلك بكتاب موصــــى علـــيه بعلم الوصول خلال ثلاثين يوماً من تاريخ العمل بالقرار .

وأعضاء الاتحاد هم أعضاء الجمعية العمومية للاتحاد .

(أنظر بند ٢٨٦) .

والممـــثل القـــانونى للاتحاد هو مأمور الاتحاد . وإجراء القيد يقتضى من الوحدة المحلية المختصة أن تعد سجلا خاصاً باتحادات الملاك تدون فيه البيانات سالفة الذكر.

وقد بينت المادة (١) من النظام النموذجى لاتحاد ملاك العقارات كيفية تسمية الاتحاد وهى كالآتى :

اتحاد ملاك العقار رقم ______ بشارع ____________ بحى (أو مدينة أو قرية) _______ بمحافظة ________

(ب) دعوة الاتحاد إلى الاجتماع لمباشرة أعماله :

يتعين على الوحدة المحلية المختصة دعوة الاتحاد إلى الاجتماع لمباشـــرة أعمالـــه بمجرد توافر شرطى قيامه ، وسواء تم قيده فى ســـجل الوحدة المحلية أم لم يقيد ، فإن هذه الوحدة عليها – بمجرد علمهـــا بقـــيام اتحـــاد معيـــن بقوة القانون – أن تقوم بدعوته إلى الاجتماع لمباشرة أعماله وتعين له مأموراً مؤقتاً كما سيلى[1] .

---

(١) مرقس جـــ٢ الطبعة الثامنة ص ٧٧١ .

(ج) تعيين مأمور مؤقت للاتحاد إلى أن يتم اختيار المأمور أو تعيينه وفقاً لأحكام القانون المدنى :

نصت الفقرة (ج) من المادة على أن تتولى الوحدة المحلية المختصة تعيين مأمور مؤقت للاتحاد إلى أن يتم اختيار المأمور أو تعيينه وفقاً لأحكام القانون المدنى .

ويتم اختيار المأمور بواسطة الجمعية العمومية للاتحاد .

ولا محل هنا لاتباع ما تقضى به القواعد العامة من أنه عند عدم حصوله على الأغلبية المطلوبة فإنه يجب تعيينه بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار وفقاً لحكم المادة ٨٦٦ مدنى .

(د) منح المأمور كل أو بعض سلطات الاتحاد إذا قصر أو تراخى في القيام بواجباته :

لما كان الاتحاد يباشر اختصاصاته بنفسه ويتخذ في شأنها قراراته ثم يتولى المأمور تنفيذ هذه القرارات . فإن الاتحاد إذا قصر في واجباته أو تراخى فى القيام بها ، أى لم يتخذ ما ينبغى من قرارات ليتولى المأمور تنفيذها فالاتحاد نفسه يكون هو الملوم ، ولا لوم على المأمور ، ومن ثم يجوز للوحدة المحلية المختصة أن تعالج الموقف بأن تمنح المأمور كل أو بعض سلطات الاتحاد (١).

---

(١) مرقس جـ٢ الطبعة الثامنة ص ٧٧٦ وما بعدها هامش (١٠) .

(هـ) فحص الشكاوى والتظلمات التى تقدم من ذوى الشأن في قرارات الاتحاد أو تصرفات المأمور، وإبداء الرأى للاتحاد في شأنها لإعادة النظر فيها إذا اقتضى الأمر ذلك :

تختص الوحدة المحلية بفحص الشكاوى والتظلمات التى تقدم إليها من ذوى الشأن في قرارات الاتحاد أو تصرفات المأمور. والمقصود بذوى الشأن هم أعضاء اتحاد الملاك دون غيرهم كالجيران مثلا .

فإذا تبين للوحدة المحلية من فحص الشكاوى والتظلمات المقدمة إليها أنها غير جدية قررت حفظها . أما إذا تبين لها صحتها وأن الأمر يقتضى العدول عن قرارات الاتحاد أو تصرفات المأمور أو تعديلها أبدت وجهة نظرها هذه للاتحاد .

إلا أن الاتحاد غير ملزم باتباع ما ارتأته الوحدة المحلية من إعادة النظر في القرارات والتصرفات المشار إليها . ولا تملك الوحدة المحلية في حالة عدم استجابة الاتحاد إلى وجهة نظرها إلغاء أو تعديل هذه القرارات أو التصرفات ولا يكون لذوى الشأن سوى اللجوء إلى القضاء على النحو الذى نعرض له في البنود التالية .

وفى رأينا أن هذه المهمة تستلزم من الوحدة المحلية أن تعهد بفحص الشكاوى والتظلمات التى تقدم إليها إلى لجنة تضم عنصر

هندســـى وعنصـــر قانونى حتى يمكن لها إبداء الرأى على أساس متكامل.

٢٧٧ـ حق ذوى الشأن فى الالتجاء إلى القضاء :

لـــم ينظم المشرع طريقة خاصة لتظلم ذوى الشأن من قرارات الاتحـــاد أمام القضاء . وإنما اكتفى بالنص على تخويلهم التظلم من قـــرارات الاتحـــاد إلـــى الوحدة المحلية المختصة بالتفصيل الذى أوردناه في البند السابق .

إلا أنـــه طـــبقاً للقواعد العامة يجوز للأقلية من أعضاء الاتحاد دون غيرهم الطعن في قرار الاتحاد أمام القضاء .

ويجـــوز الطعـــن أمام المحكمة مباشرة دون التظلم إلى الوحدة المحلـــية ، لأن الطـــريق الأخـــير ليس طريقاً للتقاضى يتعين على الأقلية اتباعه .

ولايقبل الطعن ممن وافق على القرار وإنما يقبل من المعارض والغائب . ولايقاس – طبقاً للرأى الغالب– على الغائب الممتنع لأنه بامتناعه دل على عدم اكتراثه وكان يجب عليه أن يبدى اعتراضه على القرار إذا كان يهمه القرار في اتجاه معين [١].

ويجـــب أن تكـــون هـــناك مصلحة للطاعن في طعنه فلا يقبل الطعـــن المقـــدم مـــن عضـــو على أساس أن الدعوة لم توجه إليه

---

(١) مصـــطفى الجـــارحى ص ١٨٣ ، نقـــض مدنى فرنسى في ٢٥ أبريل ١٩٧٢ المشار إليها بهامشه .

لحضور الجمعية أو على أساس أنها وجهت إليه بعد الميعاد إذا كان قد حضر اجتماع الجمعية [١].

٢٧٨ـ أسباب الطعن :

يكون الطعن في القرار لعيب شابه ، وقد يكون هذا العيب شكلياً أو موضوعياً ومن أمثلة ذلك :

١- أن يصدر القرار بدون دعوة جميع أعضاء الجمعية العمومية أو بعضهم بالطريق الذى رسمه النظام النموذجى لاتحاد الملاك .

٢- أن يصدر القرار بغير الأغلبية المنصوص عليها بالنظام النموذجى لاتحاد الملاك .

٣- وجود تعسف في القرار كإغلاق باب العمارة بالليل على الدوام[٢] أو عدم إيصال التدفئة والمصعد إلى بعض الشقق دون مبرر أو تخصيص قطعة من الأرض المشتركة للاستعمال الاستئثارى المجانى لأحد الملاك [٣].

٢٧٩ـ مدة الطعن :

لم يحدد القانون أو قرار وزير الإسكان بإصدار النظام النموذجى ميعاداً للطعن على القرارات الصادرة من الجمعيات العمومية

---

(١) مصطفى الجارحى ص ١٨٤ .

(٢) عبد الناصر العطار في تمليك الشقق والطبقات ص ١٠٦ .

(٣) مصطفى الجارحى ص ١٨١.

لاتحـــادات الملاك ، وإنما ينبغى أن يتم الطعن في مدة مناسبة من وقـــت علم العضو الطاعن بالقرار حتى لايفسر سكوته مدة طويلة قبولا للقرار (١).

٢٨٠ـ المحكمة المختصة بنظر الطعن :

يعتـــبر الطعن منازعة ناشئة عن تطبيق أحكام القانون رقم ٤٩ لســـنة ١٩٧٧ ومـــن ثم فإن الاختصاص بنظر الطعن يخضع لحكم المـــادة الخامسة من القانون ، التى نصت على اختصاص المحاكم العادية بالفصل في المنازعات التى تنشأ عن تطبيق القانون .

وترفع الدعوى إلى المحكمة المختصة قيمياً بنظر الدعوى طبقاً لقواعد تقدير قيمة الدعوى المنصوص عليها فى قانون المرافعات.

٢٨١ـ سلطة المحكمة فى الطعن :

تقضـــى المحكمة إما برفض الطعن ، أو بقبوله وببطلان القرار المطعون فيه (٢).

وإذا قضت ببطلان القرار فإنها لاتتصدى لموضوع القرار لأن ليس لها أن تحل محل الجمعية العمومية .

---

(١) العطار في تمليك الشقق والطبقات ص ١٠٦ .

(٢) مصـــطفى الجارحى ص ١٨٥ – العطـــار في تمليك الشقق والطبقـــات ص ١٠٦ .

إلا أن هذا لا يمنع المحكمة من الأمر بالإجراءات الكفيلة بإعادة الحال إلى ما كانت عليه والتى تعتبر من مستلزمات الحكم بالبطلان [١].

٢٨٢ـ حجية الحكم الصادر فى الطعن :

يحوز الحكم الصادر فى الطعن حجية قبل جميع أعضاء الاتحاد ، سواء منهم من قبل القرار أو من لم يقبله ، من طعن فيه ومن لم يطعن .

وهذا الحكم يقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية وغير العادية طبقاً القواعد العامة .

---

(١) مصطفى الجارحى ص ٨٦ .

مــادة (٨٦٣)

للاتحـــاد أن يضع بموافقة جميع الأعضاء نظاما لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك وحسن إدارته .

الشــرح

٢٨٣ـ وضـع نظـام لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك وحسن إدارته :

الاتحـــاد يضـــع بموافقة جميع الأعضاء نظاما لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك وحسن إدارته .

فإذا اتفق جميع الأعضاء على نظام معين أى على لائحة لتنظيم الانتفاع بالعقار وإدارته ، فتكون هذه اللائحة هى المرجع الأول في كل ما يعرض له من مسائل .

والملاحـــظ أن المشرع يشترط الإجماع لوضع اللائحة ، وذلك علـــى خلاف القاعدة المقررة في الشيوع العادى حيث تكفى أغلبية الشــركاء لوضــــع نظام للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع (م ٢/٨٢٨) .

وإذا كانـــت المادة ٨٦٣ لم تنص على سريان اللائحة أى نظام الإدارة على الخلف فإنه يجب تطبيق حكم المادة ٢/٨٢٨ التى تنص على سريان النظام " على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عامـــا أم كـــان خاصا " بل إن تطبيق هذا الحكم على اللائحة التى

يضـــعها الاتحـــاد أولى منه في حالة الشيوع العادى إذ أنها توضع بموافقة جميع الشركاء وليس الأغلبية فقط .

أما إذا لم يتفق الشركاء على وضع نظام ، أو خلا النظام الذى وضـــعوه من حكم لبعض المسائل ، فتطبق النصوص التى وضعها المشرع لإدارة الأجزاء المشتركة ، وتجديد البناء عند هلاكه [1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" والغـــرض من النقابة هو إدارة الأجزاء المشتركة على خير وجـــه وتسرى على خلفائهم من بعدهم بما في ذلك الخلف الخاص بشـــرط التســـجيل (م ١٢٣٢) ، وإمـــا ألا يضعوا لائحة ما فتكون الإدارة من حق النقابة وتؤخذ القرارات بالأغلبية (على أساس قيمة الأنصـــباء) بعـــد دعـــوة الأعضاء إلى الاجتماع دعوة صحيحة ، والأمر كذلك فيما لم تنص عليه اللائحة (م ١٢٣٣) .

وقد نصت المادة ٧٤ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧على أن:

" يصـــدر وزير الإسكان والتعمير بقرار منه نظاما نموذجيا لاتحاد مـــلاك العقارات لضمان الانتفاع بالأجزاء المشتركة بالعقار وحسن إدارتها .

---

(١) منصـــور مصطفى منصور ص ٢٥٩ وما بعدها – اسماعيل غانم ص ٣٠٧ وما بعدها .

ويتضـــمن الـــنظام كيفـــية ســـير العمل بالاتحاد وقواعد تحديد الـــتزامات وواجبات أعضائه وتنظيم استعمالهم لحقوقهم ، وقواعد تمثـــيل ملاك الطبقة أو الشقة أو بائع العقار إذا تعددوا وبيان أحوال استحقاق أجر مأمور الاتحاد وقواعد تحديده . وعلى اتحادات ملاك العقـــارات القائمـــة وقت العمل بهذا القانون أن تعدل أوضاعها بما يـــتفق مـــع أحكامه وذلك خلال ستة أشهر من تاريخ العمل بالقرار المشار إليه في هذه المادة .

ويســـرى حكم الفقرة السابقة على المبانى القائمة التى لم يتكون بها اتحادات ملاك العقارات ، التى تتوافر فيها الشروط المنصوص عليها في المادة السابقة " .

وقد صدر نفاذا لهذا النص قرار وزير الإسكان رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ بإصـــدار النظام النموذجى لاتحاد الملاك ، والذى عمل به اعتبارا من ١٩٧٩/٧/١٦.

وللجمعية العمومية لاتحاد الملاك أن تضيف لهذا النظام ما تراه مـــن أحكام بشرط الا تتعارض مع أحكام القانون المدنى أو القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ أو أحكام النظام النموذجى (ملحوظة هامشية لـــ " أحكام إضافية " عنوان الباب التاسع من النظام النموذجى) .

والنظام النموذجى ملزم لأعضاء الاتحادات في جميع أحكامه ، وكذا خلفهم العام وخلفهم الخاص من بعدهم سواء علموا بأحكامه أم

لـــم يعلموا ودون أخذ موافقة هؤلاء الأخيرين لأن الإلزام هنا بقوة القانون [١].

ونشير إلى أحكام هذا النظام النموذجى في مواضع كثيرة عندما تعرض مناسبة التصدى له .

٢٨٤ـ الشخصية الاعتبارية لاتحاد الملاك :

اتحـــاد الملاك هو مجموعة من الأشخاص ، ومن المعروف أن الشخصية الاعتبارية تثبت لمثل هذه المجموعة بنص المشرع على ذلـــك (أى بالاعـــتراف الخاص) أو بانطباق الشروط العامة لأى شخص اعتبارى عليها (أى بالاعتراف العام) [٢].

ولـــم يـــرد فـــي التقنين المدنى أو فى القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ اعـــتراف صـــريح بالشخصية الاعتبارية للاتحاد ، ولايمكن اعتبار الاتحـــاد شـــركة لأن الشركة تهدف إلى تحقيق الربح وليس هدف الاتحـــاد تحقـــيق كســـب مادى يوزع على الأعضاء ويضاف إلى ثـــرواتهم ، كما أنه لايعتبر مؤسسة خاصة لأن المؤسسة مجموعة من الأموال ترصد لغرض معين، والاتحاد مجموعة من الأشخاص.

وإنمـــا يقـــترب الاتحـــاد مـــن حيث طبيعة نشاطه مع الجمعية التعاونـــية ولكنه يختلف عنها في بعض الأحكام ، فلا يشترط لقيامه

---

(١) عبد الناصر العطار في تمليك الشقق والطبقات ص ١٠٣ .

(٢) مصـــطفى الجارحى ص ١٠٧ ومابعدها – العطار ص ٩٦ – الدكتور نعمان جمعة دروس في المدخل للعلوم القانونية ١٩٧٧ص ٥٢٠ ومابعدها.

نظــام مكــتوب ولا تكوين مجلس إدارة كما هو الحال في الجمعية وتصدر قراراته بأغلبية الملاك بينما تصدر بأغلبية الحاضرين في الجمعــية، ولا تملك الجهة الإدارية وقف قراراته ولايحل بقرار من وزيــر الشئون الاجتماعية وإذا انحل لاتؤول أمواله إلى الجمعيات الأخرى كما هو الحال في الجميعات التعاونية .

ولكنــنا نجــد من ناحية أخرى ، أن المشرع قد اعترف ضمنا بالشخصية الاعتبارية للاتحاد [١].

إذ جعــل له ذمــة مالية مستقلة يدخل فيها اشتراكات الأعضاء والقــروض الــتى يحصــل عليها وجعل له الأهلية في أن يقرض المــلاك، وقرر له حق امتياز على ما يملكه العضو ضمانا للقرض

---

(١) السنهورى جــ٨ ص ١٣٠٧ ومابعدها- العطار ص ٩٦- الجارحى ص ١٠٦ ومــا بعدهــا - الدكتور أحمد سلامه ص ٤٥٦ . وقد جاء بتقرير لجــنة الإســكان والمــرافق العامة والتعمير بمجلس الشعب أنه : "ومن الجديــر التنويه به أن اللجنة قد تدارست أثر هذا الفصل على التشكيلات والتنظيمات التعاونية واستبان أنه لايؤثر أو يخل بأوضاعها من قرب أو بعد ، بل على العكس من ذلك فإن اتحادات الملاك أن هى في جوهرها إلا صورة جديدة من صور التعاون والتآلف بين المواطنين تندرج تحت المعــنى الشــامل للتعاون وتهيب اللجنة بالحكومة أن تستلهم الاتجاهات التعاونــية عند إصدار وزير الإسكان والتعمير للنظام النموذجى لاتحاد الملاك وفقاً لأحكام المشروع ".

الـــذى قدمـــه (م٨٦٩ مدنى ، م٢/٢٩ من النظام النموذجي لاتحاد الملاك) . وجعل له حق التقاضى فللاتحاد مأمور يمثله أمام القضاء (م٨٦٦/٢ مدنى – م ٨/٢٢ من النظام النموذجى لاتحاد الملاك).

ولاتثبت ذمة ولا أهلية ولاحق التقاضى أو الامتياز إلا لشخص قـــانونى ، ولايمـــثل شـــخص إلا شخصـــا قانونيا ، فتثبت للاتحاد شخصـــية اعتبارية بمقتضى هذه النصوص وإن لم يصرح المشرع بها [1].

ولذلـــك نؤيـــد ما ذهب إليه بعض الفقهاء من أنه إذا كان اتحاد الملاك ، يقترب من الجمعية باعتبار أنه جماعة ذات تنظيم مستمر لغـــرض غـــير الحصـــول علـــى الربح ويبتعد عنها في أحكامه ، فالأقـــرب إلـــى الصواب أن يقال أنه شخص اعتبارى جديد أضافه المشرع إلى الأشخاص الاعتبارية المنصوص عليها في المادة ٥٢ مدنى [2].

---

(١) العطار ص ٩٧ .

(٢) العطـــار ص ٩٧ ويـــرى أنـــه كان ينبغى أن ينص المشرع على نشوء الشخصـــية الاعتـــبارية للاتحاد من وقت قيده كما فعل بالنسبة للجمعية التعاونية (م ٧/١٢ قانون ١٠٩ لسنة ١٩٧٥) والخاصة (م٨ ، ١٠ قانون ٣٢ لسنة ١٩٦٤، م٢/٦ من القانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ السارى الآن). وفى هذا المعنى مصطفى الجارحى ص ١١٠ وما بعدها .

وتنشأ الشخصية الاعتبارية للاتحاد من وقت نشوء ملكية الشقق أو الطـــبقات فـــي المبـــنى في الحالات التى ينشأ فيها الاتحاد بقوة القـــانون ، ومـــن وقـــت الاتفـــاق على تكوين الاتحاد في الحالات الأخرى [١].

---

(١) العطار ص ٩٧ .

مــادة (٨٦٤)

إذا لــم يوجد نظام للإدارة ، أو إذا خلا النظام من النص على بعــض الأمور ، تكون إدارة الأجزاء المشتركة من حق الاتحاد ، وتكــون قــراراته في ذلك ملزمة ، بشرط أن يدعى جميع ذوى الشأن بكتاب موصى عليه إلى الاجتماع ، وأن تصدر القرارات من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصباء .

الشــرح

٢٨٥ـ كيفيــة إدارة الأجـزاء المشتركــة :

إذا لــم يضــع الاتحــاد بموافقة جميع الأعضاء نظاما لإدارة الأجزاء المشتركة . فإن إدارة الأجزاء تكون من حق الاتحاد على أســاس قــيمة الأنصــباء أى أصحاب أغلبية قيمة الأنصباء . وقد اشــترط النص لذلك دعوة جميع الأعضاء بكتاب موصى عليه إلى الاجــتماع الــذى تعــرض عليه المسألة المتعلقة بالإدارة . وتكون قــرارات الاتحاد ملزمة لأصحاب الأقلية التى لم توافق على قرار الأغلبية .

وأهــم مــا يســتدعى النظر فى هذا النص أمران : الأول هو الشروط اللازمة لصحة قرارات الاتحاد ، والثانى سلطة الاتحاد في الإدارة .

أمـــا الأمر الأول فهو ليس قاصرا على حالة اتخاذ قرار يتعلق بالإدارة بل إنه ينظم أمر صدور أى قرار يصدر من الاتحاد أيا ما كـــان الموضـــوع الذى يتعلق به . وهذا التنظيم التشريعى قد جاء متضمنا شروطا شكلية وأخرى موضوعية . والشروط الشكلية هى عـــبارة عن توجيه الدعوة إلى جميع الملاك بكتاب موصى عليه ، فإن كانت لائحة الاتحاد تتضمن أمورا أخرى وجب مراعاتها ، ولم يبيـــن النص عمن تصدر الدعوة . والمفهوم أنها تصدر من مأمور الاتحاد وإن كان البطلان لايترتب على صدورها من أحد الأعضاء. ولـــم يتطلب النص ضرورة مضى فترة زمنية بين وصول الدعوة وموعـــد الاجتماع ، ولكن المفهوم هو ضرورة مضى فترة معقولة يترك تقديرها لقاضى الموضوع . وأخيرا لم يوجب النص أن يرفق بالدعوة جدول بالمسائل التى ستناقش ، ومن ثم فـــلا ضرورة لهذا الجدول ، وحتى إذا أرفق فليس من الضرورى التقيد به [(١)].

وأما الشروط الموضوعية فهى صدور القرار بالأغلبية العادية. والمقصود بالأغلبية هى أغلبية الملاك لا أغلبية الحاضرين. وتحسب هذه الأغلبية على أساس الأنصبة وقت إنشاء البناء .

---

(١) أحمد ســلامـــه ص ٤٦١- اسماعيل غـــانـــم ص ٣٠٩ – السنهورى ص ١٣٦٨ هامش (١) .

وأما الأمر الثانى ، وهو الخاص بسلطة الاتحاد فى الإدارة فهو أن قـــراره الـــذى يصدر بالأغلبية السابقة يمكن أن يتعلق بعمل من أعمـــال الإدارة المعـــتادة أو بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة بحسب المفهوم الذى حددناه في الشيوع العادى .

وتلـــتزم الأقلية – في الحالتين – بتنفيذ القرار كما يلتزم بتنفيذه الخلـــف عامـــا كـــان أو خاصا ولايكون لهذه الأقلية أن تطعن في القرار إلا لأحد أمرين : الأول ، عدم توافر شرط شكلى في الجلسة الـــتى صدر القرار فيها ، ويرتبط بذلك أن يكون القرار يخرج عن اختصـــاص الاتحـــاد بمقتضـــى نـــص في لائحته ، والثانى توافر التعسف في استعمال الحق في جانب الأغلبية (١).

الجمعـية العمومـية لاتحاد الملاك طبقا للقرار الوزارى رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ بإصدار النظام النموذجى لاتحاد الملاك :

٢٨٦ـ تشكيل الجمعية :

تتكون الجمعية العمومية للاتحاد من جميع أعضائه (م١/١٤ من الـــنظام النموذجى) . وفى هذا تتشابه الجمعية العمومية للاتحاد مع الجمعية العمومية للمساهمين في الشركات المساهمة .

---

(١) أحمد سلامه ص ٤٦١ .

ويحضر مأمور الاتحاد جلسات الجمعية العمومية ولو كان من غير أعضاء الاتحاد، وفي هذه الحالة يكون له حق المناقشة والاقتراح دون التصويت .

(م ٢/١٤ من النظام النموذجى)

٢٨٧ـ دعوة الجمعية للانعقاد :

تدعى الجمعية العمومية للانعقاد بناء على طلب مأمور الاتحاد، أو بناء على طلب عدد من الأعضاء يملكون ٢٠% على الأقل من وحدات العقار ، أو بناء على طلب الوحدة المحلية المختصة .

(م ١/١٥ من النظام النموذجى) .

ويشترط النص في أعضاء الاتحاد الذين توجه منهم الدعوة لانعقاد الجمعية ، أن يكونوا من الملاك وألا تقل ملكيتهم عن نسبة ٢٠% من وحدات العقار .

وإذ كان بائع العقار بالتقسيط الذى لم يحتفظ بملكية الشقة أو الطبقة المبيعة حتى سداد باقى الثمن عضواً في اتحاد الملاك برغم أنه لايعد مالكاً ، فكان يجب بحسب الأصل عدم احتسابه ضمن الملاك الذين يحق لهم توجيه الدعوة ، إلا أن الملاحظ أن النظام النموذجى لاتحاد الملاك جعله في حكم المالك فيما يتعلق بالأحكام الخاصة بإدارة الاتحاد ودليل ذلك أنه نص في الملاحظة الهامشية للمادة (٧/٧) أن بائع العقار بالتقسيط يحدد نصيبه في العقار بنسبة

مــا لــم يســدد من أقساط الثمن وينتقص هذا النصيب من نصيب المشترى بالتقسيط . وعلى ذلك فإنه يجوز أن يكون البائع بالتقسيط الــذى لــم يحــتفظ بالملكية ضمن الداعين لعقد الجمعية العمومية وتحسب حصته ضمن النصاب المطلوب على هذا الأساس.

أما المشترى بعقد غير مسجل . فهو عضو في الاتحاد رغم أنه لــيس مالكــاً أيضــاَ ، إلا أن النظام النموذجى لم ينص على كيفية تمثيله في الاتحاد ، كما فعل بالنسبة للبائع بالتقسيط ولايمكن تحديد نصــيبه على أساس معين دون نص لكونه غير مالك، ومن ثم فإنه فــي ظــل النصوص الحالية لايحتسب المشترى بعقد غير مسجل ضــمن الأعضــاء الذيــن توجــه منهم الدعوة إلى انعقاد الجمعية العمومــية . وهو وضع منتقد ويتناقض مع العلة من منحه عضوية الاتحاد .

فضــلاً عن أنه يترتب على ذلك أنه لن يكون له صوت معدود عند التصويت على قرارات الجمعية العمومية كما سيلى .

ويجــب أن تسلم الدعوة لأعضاء الاتحاد أو لمن يمثلونهم قانوناً بالــيد مع توقيعهم بما يفيد التسليم وذلك قبل موعد الانعقاد بأسبوع علــى الأقــل ويعلن عنها بمدخل العقار . ويحدد في الدعوة جدول الأعمال ومكان الانعقاد وموعده .

(م ٢/١٥ من النظام النموذجى).

والمقصود بتسليم الاعلان إلى من يمثل الأعضاء قانوناً ، الحالة التي يكون فيها المالك شخصاً اعتبارياً .

وإذا لـم يكن عضو الاتحاد متواجداً فإننا نرى أنه يصح تسليم الإعلان إلى من يقرر أنه وكيله أو أنه يعمل فى خدمته أو أنه من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار قياساً على ما هو منصوص عليه في قانون المرافعات (م ٢/١٠) .

أما إذا لـم يوجـد أى من هؤلاء بالعقار أو امتنعوا عن تسلم الدعوة، فإنه يكتفى بالإعلان عن الدعوة بمدخل العقار .

فإذا لم تتم الدعوة بالطريق سالف الذكر- كأن تكون الدعوة قد تمت بخطاب مسجل ولو كان مصحوباً بعلم الوصول- فإن الدعوة تكـون باطلة ويترتب عليها بطلان القرارات الصادرة من الجمعية العمومية، ولم يتضمن النظام النموذجى لاتحاد الملاك نصاً يوجب على الجمعية العمومية التقيد بنظر الموضوعات المدرجة بجدول الأعمال .

وقـد ذهب بعض الشراح[1] إلى أنه يجب أن يكون الأصل هو التقيد بالموضوعات الواردة في جدول الأعمال . غير أنه يمكن أن يستثنى مـن ذلك الموضوعات العاجلة التى يمكن أن تكشف عنها مناقشـات الجمعية العمومية كتقرير إقالة المأمور في حالة اكتشاف سـوء إدارته أو قبول استقالته . إنما يجب عدم التوسع في مثل هذه

---

(١) الدكتور سمير كامل ص ١٦٢ وما بعدها .

الحـــالات الاستثنائية حتى لايؤدى ذلك إلى مفاجئة الملاك الذين لم يحضـــروا اجتماع الجمعية العمومية باتخاذ قرارات قد تكون ضارة بهم ، ولايتاح لهم فرصة الحضور بإبداء ملاحظاتهم .

ونـــرى أنـــه يتعين على الجمعية العمومية التقيد بالموضوعات الواردة بجدول الأعمال وعدم إضافة مسائل أخرى إليها وذلك قياساً علـــى نص المادة ٢/٣٥ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٨١ باصدار قانون التعاون الإسكانى التى تقضى بأن :

" ولايجـــوز للجمعـــية العمومـــية النظر في غير الموضوعات المدرجـــة بجدول الأعمال ..." وأنه يترتب على مخالفة ذلك بطلان ما تصدره الجمعية من قرارات بشأن الموضوعات لم تدرج بجدول الأعمال .

٢٨٨ـ الإنابة فى الحضـــور :

لعضـــو الاتحـــاد أن يحضر الجمعية العمومية بنفسه ، أو ينيب عـــنه عضـــواً آخـــر بتوكـــيل عـــرفى مكتوب . (م١٦ من النظام الـــنموذجى) فـــلا تشـــترط الرســـمية في الإنابة لحضور الجمعية العمومـــية . وقـــد يكون التوكيل في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها لنوع العمل القانونى الحاصل فيه التوكيل . كأن يكتفى بأن يذكر في التوكـــيل أن للوكيل حضور الجمعية العمومية عن المالك دون ذكر للموضـــوعات الـــتى تناقشـــها الجمعية . وفى هذه الحالة لا يكون للوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة المعتادة كالإيجار إذ لم تزد مدته

علــى ثلاث سنوات ، وأعمال الحفظ والصيانة . واستيفاء الحقوق ووفــاء الديون . ويدخل فيها كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة كشــراء مــا يستلزمه المبنى من أدوات لحفظه ولاستغلاله (مادة ٧٠١ مدنى) .

أمــا الأعمال التى لاتدخل في أعمال الإدارة كبيع إحدى الشقق أو رهــنها أو هبــتها أو تغيير تخصيص أحد الأجزاء الخاصة أو المشتركة والصلح والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء فإنها تستلزم وكالة خاصة (مادة ٧٠٢ مدنى) [١].

ويجب أن يكون الوكيل من بين ملاك طبقات أو شقق العقار.

ولايجوز للعضو أن ينوب عن أكثر عن عضو واحد . ويجوز لممــثل مــلاك الطبقة أو الشقة أو لممثل بائعى العقار بالتقسيط أن ينيــب عــنه أحد شركائه في الشقة أو الوحدة أو العقار (م١٦ من النظام النموذجى) .

ويكــون للوكــيل صوت المالك الذى يمثله بالاضافة إلى عدد الأصوات التى يملكها بقدر عدد شققه .

ويعتــبر إباحــة التوكيل في حضور الجمعية العمومية تدعيماً للديمقرطية في الجمعية العمومية .

---

(١) الدكتور سمير كامل ص ١٦٥ .

٢٨٩ـ نصـاب الاجتماع :

نصـت المـادة ١٧ من النظام النموذجى على أنه : " فيما عدا الحـالات التى ورد فيها نص خاص في القانون أو في هذا النظام ، لا يكون انعقاد الجمعية العمومية صحيحاً إلا بحضور مالكى ٦٠% علـى الأقل من الأنصبة في العقار، فإذا لم يتوافر هذا النصاب في الاجـتماع ، انعقـدت الجمعية العمومية بناء على دعوة ثانية خلال الخمسة عشر يوماً التالية ، ويعتبر اجتماعها الثانى صحيحاً أيا كان عدد الأعضاء الحاضرين وأيا كانت ملكياتهم " .

فالأصـل أن انعقـاد الجمعـية العمومية لا يكون صحيحاً إلا بحضـور مـالكى ٦٠% علـى الأقل من الأنصبة في العقار، فلا يحسـب ضـمن الحاضرين المشترى بعقد غير مسجل . فإذا كان العقـار مكونـاً مـن عشـرين شقة مثلا فإن الاجتماع لايصح إلا بحضـور مالكى اثنتى عشرة شقة على الأقل ، فإذا لم يتوافر هذا النصـاب في الاجتماع تدعى الجمعية العمومية مرة ثانية للاجتماع الـثانى صـحيحاً بحضـور أى عـدد من ملاك الشقق وأياً كانت ملكياتهم .

وعـدم اشتراط نصاب معين في الاجتماع الثانى من شأنه الحد مـن كـثرة تخلف الملاك عن الحضور ، الأمر الذى قد يؤدى إلى فشل الجمعية العمومية في أداء مهامها .

وقـــد استثنى النص من القاعدة السابقة الحالات التى ورد فيها نص خاص في القانون أو في النظام .

ولاتعتــبر نصـــوص القـــانون المدنى نصوصاً خاصة بالنسبة لنصــــوص قــــرار وزير الإسكان المتضمن النظام النموذجى والذى صدر تنفيذاً لقانون إيجار الأماكن ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، فضلاً عن أن الــنظام النموذجى أحال صراحة إلى نصوص القانون المدنى عندما أراد ذلـــك (المـــادة ٢٩ مـــن النظام النموذجى) فلو قصد النظام الــنموذجى الإحالـــة إلـــى نصوص القانون المدنى لنص على ذلك صراحة [١].

ولم يرد في القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ أو بالنظام النموذجى ثمة نصوص خاصة في هذا الشأن .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" اجتماع اتحاد الملاك لايكون صحيحا إلا بحضور مالكى ٦٠% على الأقل من الأنصبة ، فإذا لم تتوافر هذه الأغلبية تدعى الجمعية العمومـــية للانعقـــاد بناء على دعوة ثانية خلال الخمسة عشر يوما التالـــية ويكـــون الاجـــتماع فـــي هذه الحالة صحيحا أيا كان عدد الأعضاء الحاضرين وأيا كانت ملكياتهم " .

(طعن رقم ٣٠٠٨ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٩/١/١٧)

---

(١) الدكتور سمير كامل ص ١٦٨.

٢٩٠ـ كيفية احتساب أغلبية الأصوات :

تنص المادة ١٨ من النظام النموذجى على أنه : " مع مراعاة ما ورد بشأنه نص خاص في القانون أو في هذا النظام تصدر قرارات الجمعية العمومية من أغلبية أصوات الحاضرين محسوبة على أساس قيمة الأنصباء " (١).

ولا يعتبر نصوص القانون المدنى نصوصاً خاصة بالنسبة لنصوص قرار وزير الإسكان المتضمن النظام النموذجى والذى صدر تنفيذاً لقانون إيجار الأماكن ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، فضلا عن أن النظام النموذجى أحال صراحة إلى نصوص التقنين المدنى عندما أراد المشرع ذلك (م ٢٩ من النظام النموذجى) ولو كان يقصد الاحالة إلى نصوص القانون المدنى لنص على ذلك صراحة . فضلا عن ذلك فإن النظام النموذجى اعتنق مبدأ الأغلبية النسبية ، بينما أخذ التقنين المدنى بالأغلبية المطلقة ، فإذا ما فسرنا الإحالة

---

(١) وكانت المادة ٢٣ من مشروع اللائحة التنفيذية للقانون تنص على أنه لايجوز لعضو الاتحاد الاشتراك في التصويت إذا كان موضوع القرار المعروض إبرام اتفاق معه أو رفع دعوى عليه أو إنهاء دعوى بينه وبين الاتحاد ، وكذلك كلما كانت له مصلحة شخصية في القرار المطروح ، وإلا كان قرار الاتحاد في هذا الشأن باطلا. إلا أن هذا النص لم يرد باللائحة التنفيذية أو النظام النموذجى لاتحاد الملاك .

إلـــى نصوص التقنين المدنى لانتهينا إلى إلغاء مبدأ الأغلبية النسبية بعد تقريره . وهو ما يتنزه عنه واضع النظام النموذجى [١].

ومفـاد المـادة ١٨ سالفة الذكر أن أغلبية الأصوات المطلوبة تحســب على أساس قيمة الأنصباء (المملوكة للأعضاء) ، وينبنى علـــى ذلك أن المشترى بعقد غير مسجل لا يكون له صوت معدود عند احتساب عدد الأصوات المطلوبة .

والنصـــاب الــذى نصت عليه المادة المذكورة يخالف النصاب المنصـــوص عليه في القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون الـتعاون الاستهلاكى إذ نص في المادة ٢/٣٧ منه على أن تصدر قرارات الجمعية العمومية بموافقة ثلثى عدد الأعضاء المشتركين .

ولايجـوز التصويت على قرارات الجمعية العمومية بالمراسلة لأن المـادة ١٦ مـن النظام النموذجى تفترض " الحضور" كما أن المـادة ١٨ تـنص علـى أن القـرارات تصـدر بأغلبية أصوات الحاضرين [٢].

٢٩١ـ محاضر الجلسات :

يعـد مأمور الاتحاد محاضر جلسات الجمعية العمومية ويدون فـيها زمـان ومكان الانعقاد وعدد الأعضاء الحاضرين وأسمائهم

---

(١) الدكتور سمير كامل ص ١٦٨ هامش (٣٠) وما بعدها .

(٢) في هذا المعنى مصطفى الجارحى ص ١١٧ .

والقــرارات الصادرة وعدد الأصوات التى حازها كل قرار ويبلغ صورة هذه المحاضر إلى الوحدة المحلية المخصة (م١٩ من النظام النموذجى) .

٢٩٢ـ اختصاصات الجمعية :

سبق أن عرضنا في نواحى متفرقة لبعض اختصاصات الجمعية العمومـــية لاتحـــاد الملاك ، ونورد فيما يلى كافة اختصاصات هذه الجمعية المنصوص عليها في المادة ٢٠ من النظام النموذجى .

فالجمعـــية العمومـــية للاتحـــاد تخـــتص بكل ما يتعلق بإدارة واستغلال الأجزاء المشتركة من العقار ولها على الأخص ما يأتى:

١- التصـــديق على نظام الاتحاد ، وتعديله كلما دعت الحاجة إلى ذلك .

٢- تعيين مأمور الاتحاد وعزله .

٣- تقريـــر أجـــر لمأمور الاتحاد وتحديد هذا الأجر في حالة تقريره .

٤- الموافقـــة على إجراء تأمين مشترك من الأخطار التى تهدد العقار .

٥- الموافقة في إجراء أية أعمال أو تركيبات مما يترتب عليها زيادة قيمة العفار كله أو بعضه.

٦- تحديد الشروط والتعويضات والالتزامات التى تفرض على الأعضاء .

٧- تحديد الإجراءات اللازم اتخاذها لمواجهة حالة هلاك البناء بحريق أوبسبب آخر ، وتحديد ما يفرض على الأعضاء من التزامات لتجديده .

٨- تحديد الاشتراكات التى يؤديها الأعضاء لمواجهة مصاريف الاتحاد .

٩- النظر في الشكاوى والتظلمات التى تقدم من ذوى الشأن.

١٠- تعيين حراس العقار وغيرهم من العاملين به وعزلهم وتحديد أجورهم ومكافآتهم ، ويجوز أن يفوض مأمور الاتحاد في هذا الاختصاص .

١١- منح قروض للأعضاء لتمكينهم من القيام بالتزاماتهم .

١٢- تنظيم استخدام الأجزاء المشتركة في العقار .

١٣- إقرار الموازنة التقديرية للاتحاد .

١٤- التصديق على الحساب الختامى للاتحاد .

١٥- فض المنازعات التي تنشأ بين الأعضاء وبعضهم بسبب يتعلق بملكيتهم المشتركة في العقار .

٢٩٣ـ رئاسة الجمعية العمومية :

يختص بتنظيم الجلسة وإدارتها – وهى من المسائل الهامة – في كافة الجمعيات العمومية رئيس الجمعية .

ولم يتضمن القانون المدنى أو النظام النموذجى لاتحاد الملاك نصاً يحدد من تسند إليه رئاسة الجمعية العمومية لاتحاد الملاك . ونبادر إلى القول بأن لا يجوز إسناد رئاسة الجمعية العمومية إلى مأمور الاتحاد ، ولو كان من بين الملاك ، لأن مأمور الاتحاد ملزم بإعداد حساب ختامى في نهاية كل سنة مالية يبين فيه ما تم إنفاقه من مصروفات الاتحاد وأوجه الانفاق وتقديمه إلى الجمعية العمومية للنظر في اعتماده (م ٧/٢٢ من النظام النموذجى) كما أن الجمعية العمومية هى التى تختص بعزل المأمور (م٢/٢٠) ، وذلك بلا أدنى شك يتعارض مع رئاسة المأمور للجمعية [1].

---

(١) وقارن الدكتور سمير كامل ص ١٧٠ ومابعدها فهو يرى في هذا الصدد التفرقة بين حالتين :

الحالة الأولى : أن يكون المأمور غير مالك لبعض الشقق .

ففى هذه الحالة يجوز تعيين هذا المأمور رئيساً للجمعية العمومية ذلك أنه لايكون له حق التصويت وإن كان له حق المناقشة والاقتراح طبقاً للمادة ١٤ من (النظام النموذجى) . فلا يؤثر تعيينه رئيساً على التزامه بتقديم حساب عمة قام بانفاقه من مصروفات و أوجه الانفاق عملا بالمادة ٧/٢٢.

وقد حظر القانون الفرنسى صراحة على المأمور أو زوجته أو تابعيه ولو كانوا ملاكاً لبعض الشقق أن يتولوا رئاسة الجمعية العمومية .

ولسد النقص التشريعى فى مصر فى هذا الشأن فإنه يجب على الجمعيات العمومية لاتحادات الملاك أن تضيف إلى أحكام النظام النموذجى طريقة اختيار رئيس الجمعية العمومية . وهو أمر مخول لها بموجب النظام النموذجى ذاته .

وينص على أن يكون اختيار رئيس الجمعية العمومية عن طريق الجمعية العمومية ذاتها .

ويحسن أن ينص على أن يكون الاختيار فى بداية كل سنة وألا تتجدد رئاسته لأكثر من مرتين .

ويكون الاختيار فى هذه الحالة بالأغلبية المنصوص عليها فى المادة (١٨) من النظام النموذجى .

٢٩٤- هل يجب إعلان قرارات الجمعية العمومية إلى الأعضاء؟

لم يرد فى القانون المدنى أو فى النظام النموذجى لاتحاد الملاك نص يوجب إعلان القرارات الصادرة من الجمعية العمومية إلى أعضاء الجمعية أو بعضهم كالغائب منهم عن الحضور مثلا، وإنما

الحالة الثانية : أن يكون المأمور مالكاً لبعض الشقق . ففى هذه الحالة لايجوز تعيينه رئيساً للجمعية . إذ أن له حق التصويت مما يتنافى مع التزامه بتقديم الحساب المذكور فيما تقدم .

اقتصـــر نص المادة ٢/٣٦ من النظام النموذجى على إيجاب تسليم كل عضو من أعضاء الاتحاد– القدامى والجدد – صورة من نظام الاتحـــاد ومن أية قرارات تصدرها الجمعية العمومية للاتحاد تتعلق بحقوق الأعضاء وواجباتهم .

ويحســن أن ينص المشرع على إيجاب إخطار الأعضاء الذين تخلفــوا عــن حضــور الجمعية بما تصدره الجمعية من قرارات بخطــاب مســجل مصحوب بعلم الوصول وذلك حتى لايدعوا عدم علمهم بهذه القرارات مما يؤدى إلى عقبات فى التنفيذ .

٢٩٥ـ حق الاتحاد فى التقاضى :

أوضــحنا سلفا أن لاتحاد الملاك شخصية اعتبارية ومن ثم فإن الاتحــاد يكــون له كأى شخص اعتبارى حق التقاضى للدفاع عن المصالح التىيتولى إدارتها .

ويثبت له هذا الحق فى الدعاوى التى يرفعها سواء على أى من أعضاء الاتحاد أو على الغير ، وكذلك فى الدعاوى التى ترفع عليه من أى من الأعضاء أو الغير .

ويمــارس الاتحاد هذا الحق عن طريق ممثله وهو طبقاً للمادة ٨/٢٢ مــن النظام النموذجى "مأمور الاتحاد" فقد نصت هذه المادة علــى أن يــتولى مــأمور الاتحاد " تمثيل الاتحاد أمام الغير وأمام القضاء حتى فى مخاصمة أى من الأعضاء ".

ومن أمثلة الدعاوى التى يرفعها الاتحاد على الأعضاء :

١- دعـوى تحصيل الأعباء ، فقد يضطر الاتحاد إزاء تخلف عضو الاتحاد عن دفع حصته فى الأعباء المشتركة إلى رفع دعوى أمام القضاء للحصول على سند تنفيذى كمقدمة للتنفيذ الجبرى على أموال العضو .

٢- الدعـوى الـتى يرفعها ضد عضو الاتحاد الذى خرج عن حدود حقه فى استعمال الأجزاء الخاصة أو المشتركة .

فللاتحـاد باعتـباره المهمين على الإدارة أن يرفع دعوى ضد عضـو الاتحاد الذى خالف أحكام استعمال حقه سواء أكان مصدر هـذه الأحكام القواعد العامة أم النظام النموذجى أم الأحكام الأخرى الـتى وضـعتها الجمعية العمومية للاتحاد والتى لاتخالف القواعد العامة المنصوص عليها فى القانون المدنى والنظام النموذجى .

وتهدف الدعوى بحسب الأحوال إلى التنفيذ العينى أو التعويض العينى فضلا عن التعويض النقدى إن كان له محل [(١)].

٣- دعوى المسئولية : فللاتحاد أن يرفع دعوى المسئولية ضد أى مـن الأعضاء أو الغير الذى يتسبب فى إحداث ضرر يصيب الأجـزاء المشتركة أو يتسبب فى انهدام مبنى مجاور يحدث ضررا بالأجزاء المشتركة .

---

(١) مصطفى الجارحى ص ١٨٠ .

ولكن ليس للاتحاد أن يرفع دعوى المسئولية بسبب ضرر أصاب أحد أعضاء الاتحاد من عضو آخر أو من الغير .

ويلاحظ أن الاتحاد ليس مالكا للمبنى ولا للأجزاء المشتركة وإنما له سلطة الإدارة فقط ، وعلى ذلك فالأصل أن جميع الدعاوى التى يكون أساسها حق الملكية تكون غير مقبولة من الاتحاد ، كما أنها لا تكون مقبولة عليه .

كما لايجوز للاتحاد رفع دعاوى الحيازة ، ولايجوز رفع هذه الدعاوى عليه ، لأن الاتحاد ليس حائزا للعقار حيازة قانونية أو عرضية ، فسيطرة الاتحاد على الأجزاء المشتركة ليست سيطرة كاملة ، فالأصل مازال أن الاتحاد سلطة محدودة بغرضه وهى الإدارة [١].

٢٩٦ـ امتناع الاتحاد عن أداء الالتزامات المستحقة عليه للغير:

إذا لم يقم مأمور الاتحاد بأداء الالتزامات المستحقة للغير على الاتحاد ، اقتضاها هذا الغير من أموال الاتحاد عن طريق التنفيذ الجبرى طبقاً للقانون .

فإذا لم يكن لدى الاتحاد أموال، رجع الغير على سائر الأعضاء كل بقدر حصته فى هذه الالتزامات .

---

(١) مصطفى الجارحى ص ١٩٣ – ونقض فرنسى فى ٢٧ مايو ١٩٦١- المشار إليه بهامشه .

مـــالية اتحـــاد المـــلاك

٢٩٧ـ السنة المالية للاتحاد :

تـبدأ السنة المالية للاتحاد فى أول يناير وتنتهى فى ٣١ ديسمبر مـن كـل سـنة . على أن تبدأ السنة الأولى من تاريخ قيد الاتحاد وتنتهى فى ١٢/٣١ من السن التالية (م ٢٤ من النظام النموذجى).

٢٩٨ـ مـوارد الاتحـــاد :

تـتكون المـوارد المالـية للاتحـاد طبقاً للمادة ٢٥ من النظام النموذجى من :

١- الاشتراكات التى يؤديها الأعضاء .

٢- العـائد الناتج عن الاستغلال المشروع للأجزاء المشتركة ، كإيجار السطح لإقامة إعلان فيه أو مقابل إقامة إعلان في الحديقة، أو ثمن بيع ثمار الحديقة [1].

٣- التبرعات التى يتلقاها الاتحاد من الأعضاء أو غيرهم .

٤- مـا تحـدده الجمعية العمومية من موارد أخرى . فقد ترى الجمعـية العمومـية أن المـوارد المتقدمة غير كافية لقيام الاتحاد بوظائفـه في إدارة وصيانة الأجزاء المشتركة من العقار لذلك تقوم بتحديد موارد أخرى طبقاً لظروف كل اتحاد [2].

---

(١) ملحوظة هامشية للمادة ٢/٢٥ من النظام النموذجى .

(٢) الدكتور سمير كامل ص ١٤٨ وما بعدها .

مـادة (٨٦٥)

للاتحاد بأغلبية الأصوات المنصوص عليها في المادة السابقة ، أن يفـرض أى تأميـن مشـترك من الأخطار التى تهدد العقار أو الشـركاء فـي جملـتهم ، وله أن يأذن فى إجراء أية أعمال أو تركيـبات مما يترتب عليها زيادة في قيمة العقار كله أو بعضه ، وذلـك علـى نفقـة من يطلبه من الملاك وبما يضيفه الاتحاد من شـروط ومـا يفرضـه من تعويضات والتزامات أخرى لمصلحة الشركاء .

الشـــرح

٢٩٩ـ التأمين على المبنى :

التأمين عمل من أعمال الحفظ لأن المقصود به إعادة الحال إلى ما كان عليه وبالتالى فهو من أعمال الإدارة المعتادة .

وقد أجازت المادة للاتحاد فرض أى تأمين مشترك من الأخطار الـتى تهدد العقار أو الشركاء في جملتهم ، وذلك بالأغلبية المشار إليها بالمادة ٨٦٤ مدنى . وهذه الأغلبية هى أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصباء .

ومثل ذلك أن يقرر الاتحاد التأمين على العقار ضد الحريق أو الانهدام أو من حوادث المصاعد أو من أى خطر آخر . سواء كان تأمينا من المسئولية أو تأمينا من الأضرار .

وقـــد لايقتصر التأمين على الأجزاء المشتركة وحدها بل يشمل البناء برمته بما فيه الأجزاء المشتركة [١].

ويفـــرض فـــي ســـبيل هذا التأمين أن يتحمل الأعضاء أقساط التأمين ، كل بنسبة قيمة ما يملك .

والاتحـــاد يعقـــد التأمين لمصلحة الأعضاء ، فكل عضو يكون مســـتفيدا مـــن هـــذا التأمين بقدر حصته ، وهو الذى يستحق مبلغ التأمين إذا تحقق الخطر منه [٢].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وللـــنقابة بهـــذه الأغلبـــية أن تقرر إلى جانب أعمال الإدارة المعـــتادة أعمال إدارة غير معتادة ، كأن تفرض تأمينا مشتركا ضد الأخطـــار التى تهدد العقار أو الشركاء ، ويكون التأمين على جميع البناء لا الأجزاء المشتركة وحدها " [٣].

---

(١) السنهورى ص ١٣٦٩ – جميل الشرقاوى ص ١٩٤– منصور مصطفى منصـــور ص ٢٣٥ – وعكس ذلك الدكتور سمير كامل النظام القانونى لملكـــية الشقق الطبعة الأولى سنة ١٩٨٥ ص ١٧٥ إذ يرى أن التأمين لايشـــمل الأجزاء الخاصة (وما يوجد بها من منقولات وأثاث) إذ يكون لكل مالك أن يقوم بإجراء التأمين عليها بمعرفته .

(٢) السنهورى ص ١٣٦٩ – أحمد سلامه ص ٤٦٢ وما بعدها .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٨٣ .

وقـد جـاءت المادة ٢٠/٤ من النظام النموذجى لاتحاد الملاك مـتفقة مـع المـادة ٨٦٥ مدنى إذ نصت على أن تختص الجمعية العمومـية للاتحـاد بـ " الموافقة على إجراء تأمين مشترك من الأخطار التى تهدد العقار " .

٣٠٠ـ إجـراء أعمال التحسين :

يستطيع الاتحاد أن يقرر القيام بأعمال أو تعديلات في البناء كله أو بعضـه ، فـى الطـبقات المفرزة أو في الأجزاء الشائعة ، مما يترتـب علـيه زيادة في قيمة البناء كله أو بعضه ، وهى ما يطلق علـيها أعمـال التحسـين . ويقـرر الاتحاد ذلك بالأغلبية العادية محسوبة على أساس قيمة الأنصباء .

ومثل ذلك إعداد مدخل خاص لمالك الدور الأرضى، أو تركيب مصـعد مسـتقل للدور العلوى، أو توسيع مدخل الجراج أو إضافة تجهـيزات مشـتركة كمصـعد أو تدفئة أو مياه ساخنة أو تحسين التجهيزات الموجودة أو إصلاح المحال الموجودة المعدة للاستعمال المشترك أو بناء هذه المحال ، كبناء صالات للاجتماعات أو إضافة شقق تعد للاستعمال الاستثمارى وعرضها للبيع [١].

---

(١) راجع مؤلفنا المشار إليه جـ٣ ص ٤٤٣ .

وقـــد سهل المشرع الفرنسى والمصرى إدخال هذه التحسينات لأن العقـــار لابـــد أن يدخلــه تحسينات وأن يلاحق التطور ويوجد فرضان في هذه الحالة :

الفرض الأول :

أن يطلب أحد الشركاء الإذن له بالقيام بعمل من هذه الأعمال .

وحينئذ يكون للاتحاد إعطاء الإذن على أن يتحمل طالبه نفقات العمـــل وأن يلـــتزم بمـــراعاة الشروط التى يضعها الاتحاد في هذا الصـــدد، ومـــن بينها أن يقوم المأذون له بتعويض بقية الملاك عما عســـى أن يصـــيبهم من ضرر نتيجة شغل أجزاء البناء أثناء القيام بالعمل المأذون به [١].

والفرض الثانى :

هـــو أن يتصـــدى الاتحـــاد للقيام بهذا العمل دون طلب والمادة ٨٦٥ وإن كانـــت لم تتكلم صراحة عن هذا الفرض الثانى ، إلا أنه مفروض من باب أولى . إذ أن للاتحاد – كما سنرى– سلطة تقرير تجديـــد البناء فبالأولى يكون له أن يقوم بتحسينه ، لاسيما وأن هذا التحســـين صـــورة من صور أعمال الإدارة وهو أمر خولته المادة ٨٦٤ للاتحاد [٢].

---

(١) السنهورى ص ١٣٧١ – اسماعيل غانم ص ٣١٠.

(٢) مؤلفنا المشار إليه ص٤٤٣– السنهورى ص ١٣٧٠– مصطفى الجارحى ص ١٥٦– أحمد سلامه ص ٤٦٣– اسماعيل غانم ص ٣١٠– وعكس

وقد نهج النظام النموذجى لاتحاد الملاك نهج القانون المدنى في شـأن سلطة الاتحاد فى إجراء الأعمال والتركيبات المذكورة فنص في المادة ٢٠/٥ منه على أن تختص الجمعية العمومية للاتحاد بـ "الموافقة على إجراء أية أعمال أو تركيبات مما يترتب عليها زيادة فـي قـيمة العقار كله أو بعضه" وعلى ذلك فإن للجمعية العمومية للاتحـاد سـلطة الموافقة على إجراء هذه الأعمال أو التركيبات أو إجرائها من تلقاء نفسها .

ولاتوجـد نصوص في القانون المدنى أو في النظام النموذجى تنظم حق المالك في الاعتراض على مبدأ إجراء التحسينات أو على نفقات هذه التحسينات .

ذلك منصور مصطفى منصور ص ٢٣٦- محمود جال الدين زكى ض ٢٣٦- عـبد الناصر العطار ص١٠٩ وما بعدها - فيرون قصر سلطة الاتحاد على الإذن فقط لأحد الأعضاء في إجراء التحسينات .

مــادة (٨٦٦)

١- يكــون للاتحــاد مــأمور يــتولى تنفيذ قراراته ، ويعين بالأغلبــية المشار إليها في المادة ٨٦٤ ، فإذا لم تتحقق الأغلبية عيــن بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتـها العقــار بــناء على طلب أحد الشركاء بعد إعلان الملاك الآخرين لســماع أقوالهــم. وعلى المأمور إذا اقتضى الحال أن يقوم من تلقــاء نفســه بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها ، وله أن يطالب كل ذى شأن بتنفيذ هذه الالتزامات . كل هذا ما لم يوجد نص في نظام الاتحاد يخالفه .

٢- ويمــثل المــأمور الاتحاد أمام القضاء حتى في مخاصمة الملاك إذا اقتضى الأمر .

الشرح

مأمــور الاتحـاد :

٣٠١- تعيين مأمور الاتحاد :

لمــا كــان اتحــاد الملاك مكونا من ملاك متعددين، لذلك كان الاتحــاد في حاجة إلى شخص واحد لتنفيذ قراراته ، وهذا الشخص يسمى مأمور اتحاد الملاك .

وهــو في الغالب شخص من بين الملاك أعضاء الاتحاد ولكن القانون لم يحتم ذلك فيصح أن يكون أجنبيا [١].

---

(١) السنهورى ص ١٣٧٨.

ويعين المأمور بقرار يصدر من رئيس الاتحاد بأغلبية الأعضاء محسوبة على أساس قيمة الأنصباء ، وهى الأغلبية العادية .

وتـــنص المادة ٢١ من النظام النموذجى لاتحاد الملاك على أن يعين المأمور بقرار من الجمعية العمومية ويجوز أن يتضمن قرار التعيين تحديد أجر له " .

وقــد يؤدى التوسع الجارى في نظام التمليك في وقت قريب ، إلـــى تخصـــص بعض الأفراد أو الشركات في القيام بمهام مأمور الاتحاد واتخاذها حرفة لها . وليس هناك ما يحول دون إسناد مهام المأمور إلى مثل هذه الشركات المتخصصة .

ولـــم تـــنص المادة ٢١ من النظام النموذجى على الالتجاء إلى القضـــاء في حالة عدم توافر الأغلبية اللازمة لتعيين المأمور ، كما هـــو الحال في النص الوارد فى التقنين المدنى ، ولعل ذلك يعزى إلـــى أنه في ظل التقنين المدنى قد لاتتوافر الأغلبية اللازمة لتعيين المـــأمور بإرادة الشركاء . وهى أغلبية الحاضرين والغائبين ، مما يلزم معه الالتجاء إلى القضاء ليقوم بهذا التعيين .

أما طبقاً للنظام النموذجى، فإن الأغلبية اللازمة لتعيين المأمور تـــتوافر ســـواء بحضور مالكى ٦٠% على الأقل من الأنصبة في العقـــار علـــى أن يصـــدر قرار الجمعية بتعيين المأمور من أغلبية أصـــوات الحاضـــرين محســـوبة علـــى أساس قيمة الأنصباء، أو

بحضـــور أى عــدد من الأعضاء وأيا كانت ملكياتهم في الاجتماع الثانى ثم يصدر القرار المذكور من أغلبية الحاضرين [١].

وإذا كــان تعيين المأمور قد ورد فى نظام الإدارة الموجود عند بــدء ملكية الشقق . وهو الذى فرض على الملاك من البائع ، فإن ذلك لايعنى عدم إمكان عزل المأمور ذلك أن للجمعية العمومية حق عزله إذا شاءت على نحو ما سيلى .

٣٠٢ـ اختصاصات مأمور الاتحاد :

مــأمور الاتحاد مهمته الأساسية هى تنفيذ قرارات الاتحاد التى يصدرها بالأغلبية المقررة بالقانون أو بنصوص نظام الاتحاد .

وبهذه الصفة فهو يتولى الاختصاصات الآتية :

١- تنفيذ قرارات الاتحاد ، ويكون مسئولا عن هذا التنفيذ أمام الجمعية العامة للاتحاد .

٢- مطالــبة كــل مــالك بتنفــيذ التزاماته ، سواء كانت هذه الالتزامات مصدرها القانون، أو مصدرها اللائحة التنفيذية للاتحاد، أو مصــدرها قــرارات فردية اتخذها الاتحاد في جمعيته العامة . ويؤدى حسابا عن ذلك للاتحاد.

٣- يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها .

---

(١) الدكتور سمير كامل ص ١٨٨ وما بعدها .

والأصل أن أعمال الحفظ والصيانةوالحراسة للأجزاء المشتركة للبناء ، وإدارة هذه الأجزاء المشتركة بوجه عام ، هى من صميم عمل الاتحاد يتولاها بقرارات يتخذها ، ويقوم المأمور بتنفيذ هذه القرارات . ولكن هناك من هذه الأعمال ما يكون عاجلا لابد من القيام به فورا ، فيجب على المأمور القيام به دون انتظار قرار من الاتحاد ، ويعرض بعد ذلك على أقرب جلسة للجمعية العامة . وهناك أيضا من الأعمال ما هو محدود الأهمية لايستدعى عقد جلسة لاتخاذ قرارات في شأنه ، فيقوم المأمور بهذه الأعمال على مسئوليته ، ويعرض الأمر بعد ذلك على الجمعية العمومية للاتحاد في أقرب جلسة يعقدها .

٤- يمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء ، فيرفع الدعوى باسم الاتحاد ، وترفع عليه باسم الاتحاد الدعوى . وهو في كل ذلك يمثل الاتحاد بحكم القانون ، فهو ليس إذن في حاجة إلي توكيل خاص ، وليس ضروريا أن يذكر أسماء الملاك في صحيفة الدعوى . ولما كان الاتحاد شخصا معنويا مستقلا عن أشخاص أعضائه ، فقد يقاضى الاتحاد أحد أعضائه مطالبا إياه بتنفيذ التزاماته ، أو يقاضى أحد الأعضاء الاتحاد طاعنا في قراراته ، وفى جميع هذه الأحوال يمثل المأمور الاتحاد في مقاضاته للأعضاء وفى مقاضاة الأعضاء له [1].

---

(١) السنهورى ص ١٣٧٩ وما بعدها .

ويلاحـــظ أن تحديــد ســلطات المأمور يعتبر من الموضوعات الأساســية الــتى يجــب أن تتضمنها لائحة الاتحاد ، وبذلك يمكن توسيع سلطاته أو تضييقها بمقتضى شروط هذه اللائحة . فيصح أن ينص في اللائحة مثلا على منع المأمور من اتخاذ أى قرار يقتضى الإنفــاق إلا بعــد دعوة الجمعية العمومية للاتحاد واستصدار قرار منها في هذا الشأن (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كــان الغــرض مــن تكون الاتحاد بناء العقارات أو مشــتراها وتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها فإن مأمور الاتحاد هــو الذى يمثل الاتحاد في تنفيذ قراراته في هذا الشأن في مرحلة البــناء بما يستلزمه ذلك من احتساب تكاليفه وتوزيعها على وحداته كــل حسبما تميزت به من صفات وإلى أن يتم توزيع هذه الوحدات على الأعضاء يكون لكل عضو فى الاتحاد ملكية مفرزة للوحدة التى اخــتص بهــا وملكية شائعة مع باقى الشركاء في الأجزاء الشائعة كالمــناور والســلالم والمصاعد والأسطح والأفنية وتنحصر عندئذ سلطات مأمور الاتحاد في إدارة الأجزاء الشائعة من العقار ".

(طعن رقم ٣٠٠٨ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٩/١/١٧)

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٩١ .

٢- " النص في المادة ٨٦٢ من القانون المدنى على أن : "(١) حيثما وجدت ملكية مشتركة للعقار المقسم إلى طبقات أو شقق جاز للملاك أن يكونوا اتحادا فيما بينهم . (٢) ويجوز أن يكون الغرض من تكوين الاتحاد بناء العقارات أو مشتراها لتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها " ، وفى المادة ٨٦٤ منه على أن " إذا لم يوجد نظام لـــلإدارة أو إذا خـــلا النظام من النص على بعض الأمور ، تكون إدارة الأجـــزاء المشتركة من حق الاتحاد ، وتكون قراراته في ذلك ملـــزمة ، بشـــرط أن يدعى جميع ذوى الشأن بكتاب موصى عليه للاجـــتماع ، وأن تصدر القرارات من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصباء " ، وفى المادة ٨٦٦ منه على أن " (١) يكون للاتحـــاد مأمور يتولى تنفيذ قراراته ، ويعين بالأغلبية المشار إليها فـــي المادة ٨٦٤ ... (٢) ويمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء حتى فـــي مخاصمة الملاك إذا اقتضى الأمر " وفى المادة ١٤ من قرار وزيـــر الإســـكان رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ بإصدار النظام النموذجى لاتحاد الملاك على أن " تشكيل الجمعية العمومية : تتكون الجمعية العمومية للاتحاد من جميع أعضائه .... " وفى المادة ١٧ منه على أن " نصـــاب الاجـــتماع : فـــيما عدا الحالات التى ورد فيها نص خـــاص فـــي القـــانون أو فـــي هذا النظام لا يكون انعقاد الجمعية العمومية صحيحا إلا بحضور مالكى ٦٠% على الأقل من الأنصبة

فـي العقـار ، فـإذا لم يتوافر هذا النصاب في الاجتماع انعقدت الجمعـية العمومـية بدعوة ثانية خلال الخمسة عشر يوما التالية . ويعتـبر اجتماعها الثانى صحيحا أيا كان عدد الأعضاء الحاضرين وأي كانـت ملكـياتهم ". وفى المادة ١٨ منه على أن " ... تصدر قـرارات الجمعية العمومية من أغلبية أصوات الحاضرين محسوبة علـى أسـاس قيمة الأنصباء " فإن مفاد هذه النصوص مجتمعة أن تكون إدارة الأجزاء المشتركة في العقار المقسم إلى طبقات أو شقق لاتحـاد المـلاك وفقـا للنظام الذى يضعه لذلك أو بقرارات فردية يصدرها إذا لم يكن قد وضع لنفسه نظاما ، وتكون قراراته في ذلك ملـزمة بشـرط أن يدعى جميع ذوى الشأن بموجب كتب موصى عليها إلى الاجتماع وأن تصدر القرارات من أغلبية الملاك محسوبة علـى أساس قيمة الأنصباء ، وأن تعيين مأمور الاتحاد الذى يتولى تنفيذ قراراته وتمثيله أمام القضاء حتى في مخاصمة الملاك أنفسهم متى استلزم الأمر ذلك إنما يكون بذات الأغلبية المشار إليها " .

(طعن رقم ٣٠٠٨ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٩/١/١٧)

٣- " مـؤدى نـص المادة ٨٦٦ من القانون المدنى أن سلطة مأمور اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد تقتصر على تنفيذ قرارات الاتحـاد ، والقـيام بمـا يلزم لحفظ الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها ومطالبة كل ذى شأن – بما فيهم الملاك أنفسهم بتنفيذ هذه

الالـــتزامات – أمـــا مـــا يجاوز ذلك من أعمال التصرف المتعلقة بطـــبقات العقـــار فيظل لمن باشروا هذه التصرفات حق التقاضى بشأنها " .

(طعن رقم ٣٢٤ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٢/٢/٢٦)

٣٠٣ـ اختصاصــات مــأمور الاتحــاد المنصــوص علــيها بالــنظام النموذجى لاتحاد الملاك :

أوضـــحت المـــادة ٢٢ مـــن الـــنظام النموذجى لاتحاد الملاك اختصاصات مأمور الاتحاد فنصت على أن يتولى مأمور الاتحاد:

١- قيد الاتحاد ما لم يكن قد سبق قيده .

٢- تنفيذ قرارات الجمعية العمومية .

٣- الإشراف على أعمال الاتحاد في النواحى الإدارية والمالية.

٤- الإشـــراف علـــى أعمـــال البوابين والحراس وغيرهم من العاملين بالعقار .

٥- إعـــداد ميزانـــية تقديرية للاتحاد تشمل تحديد أوجه الانفاق المطلوبة خلال السنة المالية ومصادر التمويل المقترحة .

٦- اقتراح الاشتراكات الشهرية أو السنوية التى يؤديها أعضاء الاتحاد لمواجهة مصروفاته .

٧- إعداد حساب ختامى في نهاية كل سنة مالية يبين فيه ما تم إنفاقه من مصروفات الاتحاد وأوجه الإنفاق .

٨- تمثيل الاتحاد أمام الغير وأمام القضاء حتى في مخاصمة أى من الأعضاء .

كما نصت المادة ٢٣ على أن لمأمور الاتحاد في الأحوال العاجلة أن يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها ويعرض الأمر على الجمعية العمومية في أول اجتماع تال لإقرار ما تم .

وعلى المأمور أن يمسك دفترا يسجل فيه إيرادات ومصروفات الاتحاد ويخضع هذا الدفتر لرقابة الجمعية العمومية للاتحاد والوحدة المحلية المختصة (م ٢٦) .

فالمأمور يمثل الاتحاد بحكم القانون في الدعاوى التى ترفع منه أو عليه فلا يحتاج إذن إلى توكيل خاص. وليس ضروريا أن يذكر أسماء الملاك في صحيفة الدعوى . وإعلان صحيفة الدعوى أو أية ورقة من أوراق المرافعات يكون صحيحا إذا تم في موطن الاتحاد أو موطن المأمور- حسب الأحوال عملا بالمادة ٤/١٣ من قانون المرافعات التى تنص على أنه : " فيما عدا ما نص عليه في قوانين خاصة تسلم صورة الإعلان على الوجه الآتى :

٤- مايتعلق بالشركات المدنية والجمعيات والمؤسسات الخاصة وسائر الأشخاص الاعتبارية يسلم بمركز إدارتها للنائب عنها بمقتضى عقد إنشائها أو نظامها أو لمن يقوم مقامه فإذا لم يكن لها مركز سلمت الصورة للنائب عنها لشخصه أو في موطنه .. الخ".

كما أن الأحكام الصادرة في هذه الدعاوى تكون سارية في مواجهة الملاك جميعاً ، كما لو كانت صادرة في مواجهتهم [1].

المأمور المؤقت :

٣٠٤- تعيين المأمور المؤقت :

نصت المادة الثانية من القرار الوزارى ١٩٧٩/١٠٩ بإصدار النظام النموذجى لاتحاد الملاك على أن :

" على كل من يملك طبقة أو شقة في مبنى يزيد عدد طبقاته أو شققه على خمس ويجاوز عدد ملاكها خمسة أشخاص أن يخطر الوحدة المحلية المختصة بذلك بكتاب موصى عليه بعلم الوصول خلال ثلاثين يوماً من تاريخ العمل بهذا القرار .

وعلى الوحدة المذكورة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسليمها الإخطار أن تعين مأمورا مؤقتاً لاتحاد ملاك العقار المذكور يتولى إجراءات القيد وسائر الاختصاصات الأخرى المنصوص عليها في النظام النموذجى المرفق وكل ذلك ما لم يكن الأعضاء قد كونوا اتحادا وعينوا له مأموراً " . فتعيين الوحدة المحلية المختصة للمأمور المؤقت منوط بعدم تكوين الأعضاء اتحادا لهم وتعيين مأمور له .

---

(١) الدكتور سمير كامل ص ١٩٦ وما بعدها .

٣٠٥- اختصاصات المأمور المؤقت :

نصت على هذه الاختصاصات المادة ٣٣ من النظام النموذجى لاتحاد الملاك فجرت على أن :

يتولى الأمور المؤقت سلطات مأمور الاتحاد إلى أن يتم تعيينه ، وله على الأخص :

١- اتخاذ إجراءات قيد الاتحاد في الوحدة المحلية المختصة.

وطبقاً للمادة ٣٤ من النظام النموذجي يجب على المأمور المؤقت أن يطلب من الوحدة المحلية المختصة قيد الاتحاد في خلال أسبوعين من تاريخ تعيينه ، ويتضمن طلب القيد أوصاف العقار وأسماء الملاك وأنصبائهم والبائع بالتقسيط إن وجد .

٢- إعداد النظام القانونى للاتحاد .

ويمكن تسمية النظام القانونى بـ (لائحة الإدارة) . ويقوم المأمور المؤقت بإعداد هذا النظام القانونى على ضوء النظام النموذجى الصادر به قرار وزير الاسكان رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ .

٣- دعوة أول جمعية عمومية للاتحاد للنظر في :

(أ) التصديق على نظام الاتحاد .

(ب) تعيين مأمور الاتحاد .

ويجب على المأمور المؤقت أن يدعو الجمعية العمومية خلال شهرين على الأكثر من تاريخ قيد الاتحاد (م٣٥ من النظام النموذجى) .

ويخضـــع نظـــام الدعـــوة ونصاب الاجتماع والأغلبية اللازمة لاتخـــاذ القـــرارات للنظام الذى نص عليه النظام النموذجى بالنسبة للدعوة التى توجه من المأمور الدائم .

وتودع بالوحدة المحلية المختصة نسخة من نظام الاتحاد مرفقا بها محضر الجمعية العمومية بالتصديق عليها (م٣٦/١) .

ويســـلم كـــل عضـــو من أعضاء الاتحاد – القدامى والجدد- صورة من هذا النظام ومن أية قرارات تصدرها الجمعية العمومية للاتحاد تتعلق بحقوق الأعضاء وواجباتهم (م ٣٦/٢) .

مادة (٨٦٧)

١- أجر المأمور يحدده القرار أو الأمر الصادر بتعيينه .

٢- ويجوز عزله بقرار تتوافر فيه الأغلبية المشار إليها في المادة ٨٦٤ أو بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار بعد إعلان الشركاء لسماع أقوالهم في هذا العزل .

الشرح

٣٠٦ـ تحديد أجر المأمور :

يحدد أجر المأمور بالطريقة التى عين بها ، فإذا كانت الجمعية العمومية هى التى قامت بتعيينه فإنها تحدد أجره في القرار الصادر بتعيينه ، وإذا كان تعيين المأمور بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار بناء على طلب أحد الشركاء لعدم توافر الأغلبية المطلوبة لقرار الجمعية العمومية ، تولى رئيس المحكمة تحديد أجره في القرار الصادر بتعيينه .

ويمكن إعادة النظر في الأجر من الجهة التى حددته ، بالنقص أو بالزيادة بحسب الأحوال . ويدخل الأجر ضمن التكاليف التى تنفق على الأجزاء المشتركة للبناء فيضاف إليها ، ويقسم بين الأعضاء كل بنسبة حصته . ويصح أن يتبرع المأمور بعمله فلا يطلب أجرا عليه وبخاصة إذا كان واحدا من الملاك . وله الرجوع

في تبرعه وطلب تحديد أجر له ، إذا رأى أن الأعمال الموكولة إليه تستغرق من وقته ومن جهده ما يستحق عليه أجرا [١].

وتنص المادة ٢١ من النظام النموذجي لاتحاد الملاك على أن :

" يعين المأمور بقرار من الجمعية العمومية ويجوز أن يتضمن قرار التعيين تحديد أجر له " .

٣٠٧- عــزل المأمــور :

تــنص الفقــرة الثانــية من المادة ٨٦٧ على أنه يجوز عزل المــأمور بقرار تتوافر فيه الأغلبية المشار إليها في المادة ٨٦٤ أو بأمــر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار بعد إعلان الشركاء لسماع أقوالهم في هذا العزل .

فــلا يشترط النص عزل المأمور بنفس الطريقة التى عين بها، بــل قد يكون معينا بموافقة أغلبية الشركاء ويعزل بأمر من رئيس المحكمــة بناء على طلب أحد الشركاء . وبالعكس قد يعين المدير بهــذه الطــريقة الأخيرة ، ولايحول ذلك دون عزله بموافقة أغلبية الشركاء [٢].

---

(١) السنهورى ص ١٣٨٠.

(٢) محمد على عرفه ص ٤٩٠ ومابعدها – جميل الشرقاوى ص ١٩٦.

والعـــزل يكون إما لإخلال المأمور بالتزاماته إخلالا واضحا أو لعدم أمانته أو لعدم صلاحيته لماوكل إليه من العمل، أو لصيرورته عاجزا عن القيام به ، أو لغير ذلك من الأسباب الجدية [١].

وكمـــا أن المأمور قابل للعزل ، فهو أيضا يستطيع التنحى عن مهمته في أى وقت شاء ، بشرط أن يكون ذلك في الوقت المناسب وبعـــذر مقبول ، لأنه يعتبر بمثابة وكيل مأجور – إذا كان يتقاضى أجرا – فيخضع لحكم المادة ٧١٦ مدنى [٢].

كما تنتهى مهمة المأمور بفقده الأهلية وبموته .

وتـــنص المادة ٢/٢٠ من النظام النموذجى لاتحاد الملاك على اختصاص الجمعية العمومية للاتحاد بعزل المأمور .

ويصدر قرار الجمعية العمومية بعزل المأمور بأغلبية أصوات الملاك الحاضرين محسوبة على أساس قيمة الأنصباء (م ١٨).

ولـــم تنص المادة ١٨ من النظام النموذجى على عزل المأمور عـــن طريق القضاء ، كما نص على ذلك التقنين المدنى ، ويرجع ذلـــك إلـــى أنه في ظل التقنين المدنى قد لا تتوافر الأغلبية اللازمة لعـــزل المأمور، بإرادة الشركاء وهى أغلبية الحاضرين والغائبين ، مما يلزم معه الالتجاء إلى القضاء للقيام بهذا العزل .

---

(١) الســـنهورى ص ١٣٨٠ ومابعدها – العطار في تمليك الشقق والطبقات ص ١١٦ .

(٢) محمد على عرفه ص ٤٩١ .

أما طبقاً للنظام النموذجى ، فإن الأغلبية اللازمة لعزل المأمور تـتوافر سـواء بحضور مالكى ٦٠% على الأقل من الأنصبة في العقـار علـى أن يصـدر قرار الجمعية بعزل المأمور من أغلبية أصـوات الحاضـرين محسـوبة علـى أساس قيمة الأنصباء، أو بحضـور أى عـدد مـن الأعضاء أيا كانت ملكياتهم في الاجتماع الثانى ثم يصدر القرار المذكور من أغلبية الحاضرين .

مــادة (٨٦٨)

١- إذا هلــك البناء بحريق أو بسبب آخر ، فعلى الشركاء أن يلــتزموا مــن حيث تجديده ما يقرره الاتحاد بالأغلبية المنصوص عليها في المادة ٨٦٤ ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك .

٢- فــإذا قرر الاتحاد تجديد البناء خصص ما قد يستحق من تعويــض بسبب هلاك العقار لأعمال التجديد ، دون إخلال بحقوق أصحاب الديون المقيدة.

الشــــرح

ما يتبع فى حالة هــلاك البناء :

تناولت المادة ما يتبع في حالة هلاك البناء بسبب حريق أو أى ســبب آخــر كغارة جوية أو زلزال أو اختلال في أساسه أو نزع ملكيته للمنفعة العامة .

ولبـيان حكــم المـادة يجـب الـتفرقة بين حـالتين ، الحالة الأولى: حالة عدم تجديد البناء . والحالة الثانية حالة تجديد البناء :

٣٠٨- (أ)- حالة عدم تجديد البناء :

يجوز للاتحاد أن يقرر عدم تجديد البناء .

وفى هذه الحالة فإن الأرض وحق التعلى عليها والمبانى القائمة والأنقــاض وكذلك جميع المنقولات المشتركة تكون كل منها محل شـــيوع عـــادى قابل للقسمة ، فإذا اتفق جميع الملاك على طريقة

القسمة انحسم الأمر ، أما إذا لم يتفقوا كان من الضرورى أن تتم القسمة عن طريق القضاء .

ويجب أن يوزع ما عسى أن يكون قد ترتب على الهلاك من تعويض أو مبلغ تأمين أو مقابل لنزع الملكية أو مساعدة تقدمها الدولة فى حالة الكوارث العامة، على الملاك كل بحسب نصيبه وبعد أن يستوفى أصحاب الديون المقيدة على العقار حقوقهم منه[١].

ورغم أن التصفية تتضمن أعمال تصرف فإن الاتحاد هو الذى يتولى أعمال التصفية في هذه الحالة، إذ تستمر الشخصية القانونية قائمة للشخص الاعتبارى حتى تنتهى الحقوق المتعلقة به[٢].

وبهذا أخذ النظام النموذجى لاتحاد الملاك ، فبعد أن نصت المادة ٧/٢٠ على اختصاص الجمعية العمومية للاتحاد في تحديد الإجراءات اللازم اتخاذها لمواجهة حالة هلاك البناء بحريق أو بسبب آخر... الخ ، نصت في البند (١٦) على أن تختص الجمعية العمومية للاتحاد أيضا بـ " تصفية الاتحاد عند انقضائه " .

٣٠٩- (ب)- حالة تجديد البناء :

للاتحاد أن يقرر تجديد البناء بالأغلبية المشار إليها بالمادة ٨٦٤ مدنى ، وفى هذه الحالة فإن جميع الملاك يلتزمون بالقرار،

---

(١) السنهورى جـ٨ ١٣٧٥ – أحمد سلامه ص ٤٦٤- العطار ص ١١٢- مصطفى الجارحى ص ١٧٢ .

(٢) العطار في ص ١١٢ وعكس ذلك الجارحى ص ١٧٢ .

مــن قبل منهم ومن عارض ويقوم الاتحاد بأعمال التجديد نيابة عن الأعضـــاء . وإن كـــان هناك تعويض أو معونة من الدولة استوفى أصحاب الحقوق المقيدة حقوقهم من هذا المبلغ ثم ينفق الباقى على تجديـــد البناء . فإذا كفى هذا المتبقى للإنفاق كان بها وانتهى الأمر عـــند هـــذا الحد . أما إذا لم يكف التزم الملاك بتكملته من أموالهم الخاصة كل بحسب حصته في البناء . فإذا تخلف شريك عن الوفاء لأى سبب تدبر الاتحاد الأمر وحاول أن يجد له حلا ، ومن الحلول الـــتى يلجـــأ الاتحـــاد لها إقراض هذا الشريك مبلغا يكفى لمواجهة الـــتزاماته أو محاولة إقناع هذا الشريك ببيع نصيبه إلى شريك آخر أو إلى أجنبى فيحل هذا الشريك أو الأجنبى محله في البناء الجديد . فإن لم يكن هذا ولا ذاك قرر الاتحاد تجديد البناء لحساب من يقدر من الشركاء [1].

---

(١) الســـنهورى الوســـيط جـــ٨ ص ١٣٧٥ وما بعدها – أحمد سلامه ص ٤٦٤ – اسماعيل غانم ص ٣٦٧- ويرى الدكتور العطار ص ١١١ أنه يجوز للاتحاد أن يبنى لحساب هذا المالك ويرجع عليه بالتكاليف بدعوى الوكالة إذا كان المالك قد وافق على البناء وبدعوى الإثراء بلا سبب إذا لـــم يكـــن موافقـــا على البناء . وهذا الرأى من شأنه تلافى ما ينشأ من مشاكل نتيجة رفض هذا المالك التنازل عن حقه في الأرض أو في حق الـــتعلى وهـــو مـــا لا يمكن إجباره عليه – وقد ذهب البعض إلى جواز إجـــبار الشـــريك المتخلف قضاء على المساهمة في تجديد البناء أو بيع طبقـــته عليه ، كما هو الأمر في شأن صاحب السفل طبقا لما هو مقرر في المادة ٨٦٠ مدنى .

ويتولى الاتحاد إعادة البناء الكامل بما في ذلك الأجزاء المشتركة والخاصة ، لاسيما وأن اتحاد الملاك يمكن أن يكون الغرض من تكوينه بناء العقارات لتوزيع ملكية أجزائها على أعضائه، كما أن كثيرا من الأعمال المشتركة والتجهيزات المشتركة تتم داخل الأجزاء الخاصة مما يصعب معه تولى أكثر من مقاول العمل داخل الشقة أو الطبقة . كما أن وحدة المقاول تكفل درجة معينة موحدة للتشطيب الأمر الذى يرتبط بدرجة العمارة الإسكانية وبالانسياب الخارجي للواجهة [١].

وتوزع قيمة الأعباء المشتركة على الملاك حسب قيمة الجزء الخاص. ويتم تقدير القيمة على أساس المواصفات الجديدة في ضوء الرسومات والنماذج [٢].

وبداهة لا محل لتجديد البناء في حالة نزع ملكية المبنى جميعه.

ويجوز للاتحاد إدخال تحسينات على البناء بنفس الشروط التى يمكنه على أساسها إدخال هذه التحسينات أثناء وجود المبنى ولو اقتضت بعض هذه التحسينات إنقاص مساحة الشقق، بشرط أن يوزع العبء بالعدل بين الملاك بنسبة واحدة [٣]. كأن يحول السطح إلى حديقة صيفية أو شتوية يشترك في الانتفاع بها سائر الشركاء أو تزويد البناء الجديد بمصعد لم يكن موجودا في البناء القديم .

---

(١) مصطفى الجارحى ص ١٧٠ .

(٢) مصطفى الجارحى ص ١٧٠ .

(٣) مصطفى الجارحى ص ١٦٩.

وقـد نصت المادة ٧/٢٠ من النظام النموذجي على أن تختص الجمعـية العمومية بتحديد الإجراءات اللازم اتخاذها لمواجهة حالة هـلاك البـناء بحـريق أو بسـبب آخر ، وتحديد ما يفرض على الأعضـاء مـن التزامات لتجديده ، كما نصت المادة ١١/٢٠ على اختصـاص الجمعية العمومية بمنح قروض للأعضاء لتمكينهم من القيام بالتزاماتهم .

وقـد يحـتاج البناء إلى تجديد لا لأنه قد هلك ، بل لأنه قد بلى وأصـبح فـي حاجـة إلى أن يجدد ، وفى هذه الحالة يكون قرار الاتحـاد بـتجديد البناء من أعمال الإدارة غير المعتادة ، ويصدر القـرار بالأغلبية العادية ، وينفذ على الوجه الذى ذكرناه في حالة هلاك البناء [١].

٣١٠ـ الهلاك الجزئى للمبنى :

لـم تتضـمن المادة ٨٦٨ مدنى أحكاما خاصة بالهلاك الجزئى للمبـنى ولذلـك ذهب كثير من الفقهاء إلى أن الأحكام المنصوص عليها في هذه المادة تنطبق على الهلاك الكلى والهلاك الجزئى على السـواء ، ذلـك أن المـادة المذكورة لم تفرق بين الهلاك الجزئى والهلاك الكلى [٢].

---

(١) السنهورى ص ١٣٧٦ .

(٢) السـنهورى ص ٣٧٤ - أحمد سلامه ص ٤٦٤ - العطار ص ١١٠- سمير كامل ص ١٨٠.

وينبى على ذلك أنه إذا كان الانهدام جزئيا وقرر الاتحاد عدم تجديد البناء بقى المبنى على ما هو عليه واستمر الاتحاد قائما .

إلا أن المشرع لم يقرر حقوق الأقلية أصحاب هذه الشقق إذا قرر الاتحاد عدم تجديد بنائها أو إذا قرر تجديد البناء ولم تكف الأموال التى لديه أو لدى أصحاب هذه الشقق لبنائها [1].

---

(١) ولذا يقترح البعض بالنسبة للمستقبل التشريعى أن تكون إعادة البناء في حالة الانهدام الجزئى إلزامية ويقوم بها اتحاد الملاك ويتحمل نفقة هذه الأعمال جميع الملاك على أن تسلم الشقة للمالك بدون التشطيبات الداخلية (مصطفى الجارحى ص ١٧٤) .

مـــادة (٨٦٩)

١- كــل قرض يمنحه الاتحاد أحد الشركاء لتمكينه من القيام بالـــتزاماته يكون مضمونا بامتياز على الجزء المفرز الذى يملكه وعلى حصته الشائعة في الأجزاء المشتركة من العقار .

٢- وتحسب مرتبة هذا الامتياز من يوم قيده .

الشـــــرح

٣١١- منـــح الاتحـــاد قروضـــا لأعضائه :

عرفنا فيما سلف أن كل شريك في ملكية الطبقات والشقق يلتزم بالـــتزامات متعددة ، بعضها ناشئ عن اشتراكه في ملكية الأجزاء المشـــتركة ، والـــبعض الآخـــر ناشئ عن تلاصق ملكيته الخاصة بملكية غيره من الشركاء .

وقـــد يعجـــز أحد الشركاء عن الاضطلاع بعبء هذه النفقات ، ويكـــون هـــذا العجز طارئا بحيث لايستدعى تخليه عن نصيبه في الملكـــية الخاصة ، فضلا عن كونه لايستطيع التخلى عن المساهمة فـــي تكاليف الأجزاء المشتركة بالتخلى عن نصيبه منها (م٨٥٨/٢ مدنـــى) . فـــلا مندوحة لمثل هذا الشريك من الالتجاء إلى الاتحاد ليمـــنحه قرضا لتمكينه من القيام بالتزاماته . فإذا أقر الاتحاد منحه هذا القرض ، وهو أمر متروك بداهة لتقدير الأعضاء ، فإن المبلغ الذى ينفق من خزينة الاتحاد في هذا السبيل يكون مضمونا بامتياز

علـى الجزء المفرز الذى يملكه وعلى حصته الشائعة في الأجزاء المشتركة من العقار .

وقد جاء بالفقرة الثانية من المادة أن مرتبة هذا الامتياز تحسب من يوم قيده . وبديهى أنه إن منح أحد الشركاء قرضا لغير الغرض المتقدم ، فلا يكون لهذا القرض امتياز [1]، وذلك حتى يتردد الاتحاد طويلا قبل أن يقدم على إقراض العضو مالا لسبب لايمت إلى قيام العضو بالتزاماته .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وللنقابة أن تمنح قرضا لأحد الشركاء لتمكينه من القيام بالتزاماته ، وهذا القرض يكون مضمونا بامتياز على الجزء المفرز الذى يملكه وعلى نصيبه الشائع في الأجزاء المشتركة ، ويجب قيده ليأخذ مرتبته من وقت ا لقيد (م ١٢٣٨).

أما إذا أعطى القرض لغرض آخر فلا يكون ممتازا " [2].

وقد نصت على ذلك المادة ٢٩ من النظام النموذجى لاتحاد الملاك بقولها :

" يجوز للجمعية العمومية للاتحاد أن تمنح قرضا لمن يعجز من الأعضاء عن دفع حصته في نفقات تجديد العقار أو القيام بالتزاماته

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٩٣ – السنهورى ص ١٣٧٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٨٤ .

الناشئة عن اشتراكه في ملكية الأجزاء المشتركة أو تلك الناشئة عن تلاصق ملكيته الخاصة بملكية غيره من الأعضاء وذلك لتمكينه من أداء هـذه الالـتزامات . ويكون هذا القرض مضمونا بامتياز على الجـزء المفـرز الـذى يملكـه وعلى حصته الشائعة في الأجزاء المشـتركة في العقار ، وتحتسب مرتبة الامتياز من يوم قيده وذلك طبقاً لحكم المادة ٨٦٩ من القانون المدنى " .

(الفصل الثانى – أسباب كسب الملكية)

١- الاستيـــلاء

الاستيلاء على منقول ليس له مالك :

مـــادة (٨٧٠)

من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه ، ملكه .

الشـــرح

٣١٢- تملك المنقول بالاستيلاء :

تـنص المادة على أن من وضع يده غلى منقول لا مالك له بنية تملكه ، ملكه .

فهــذه المـــادة تتناول ملكية المنقول بالاستيلاء . فالاستيلاء هو عمــل مـــادى يتحقق عن طريق وضع اليد على الشىء المباح أى بحيازته حيازة فعلية .

ولذلك لايرد الاستيلاء إلا على الأشياء ، فلا يرد على الأموال إذ وقــت الاســتيلاء يكون الشىء لا مالك له ، فهو شىء لا مال ، ويصبح مالا بالاستيلاء .

وللاســتيلاء أركـــان ثلاثة ، إذا اجتمعت تحقق الاستيلاء وكان سببا لكسب الملكية وهو ما نعرض له في البند التالى .

٣١٣ـ أركان الاستيلاء على المنقول :

(أ) ألا يكون للمنقول مالك :

والمنقول الذى لا مالك له إما أن يكون كذلك منذ البداية ، أو أن يكون له مالك فى أول الأمر ثم يتخلى هذا المالك عن ملكيته .

ومن المنقولات التى لا مالك لها منذ البداية :

١- الأشـياء المشـتركة (السـائبة) ، وهذه أشياء خصصتها الطبـيعة لاسـتعمال الكافة ، فمن استأثر بشىء منها تملكها ، كماء الـبحر أو الـنهر أو الهـواء . أما إذا انسابت مياه النهر أو الترع العمومـية فى مسقاة خاصة اعتبرت ملكا لمالك تلك المسقاة ، ومن يسـتولى علـى كمية من الهواء المضغوط أو السائل فى أنابيب أو أوعية خاصة اعتبر مالكا لما استولى عليه .

فإذا حاول غيره أن يغترف المياه من مسقاته خلسة ، أو اختلس الأنبوبة أو الوعاء فإنه يعد سارقا ويعاقب بعقوبة السرقة [١].

---

(١) الدكـتور محمـد على عرفه شرح القانون المدنى الجزء الثانى أسباب كسب الملكية ١٩٥٥ص ١٥ - الدكتور عبد المنعم البدراوى حق الملكية ١٩٧٨ ص ٣٠٨ وما بعدها .

٢- صيد البحر والبر :

فالسمك في البحر والطير في الهواء ، منقول لا مالك له أصلا، ويكون لمن يستولى عليه أن يتملكه بالاستيلاء .

ونحيل في تفصيل ذلك إلى شرح المادة (٨٧٣) .

أما المنقول الذى يكون له مالك في أول الأمر ثم يتخلى هذا المالك عن ملكيته ، وهو ما يطلق عليه الشيء المتروك ، فيرد عليه الاستيلاء . وسنعرض له بالتفصيل في شرح المادة (٨٧١).

ويجب أن يكون المنقول ماديا ، فالمنقول المعنوى لايرد عليه الاستيلاء . فلو أن شاعرا نظم شعرا ولم يرض عنه فألقى الورقة التى كتب فيها هذا الشعر في الطريق بنية النزول عن ملكيته للورقة وعن حقه المعنوى في الشعر الذى نظمه ، فالتقط الورقة عابر في الطريق واستولى عليها ، فإنه يملك بالاستيلاء الورقة وحدها دون الحق المعنوى للشاعر في شعره . ومن ثم لا يجوز لمن استولى على الورقة أن ينشر الشعر وأن يستعمل في شأنه حق المؤلف المالى بدعوى أنه كسب هذا الحق بالاستيلاء ، وذلك لأن حق المؤلف المالى منقول معنوى ، وليس منقولا ماديا حتى يمكن أن يردعليه الاستيلاء .

ومثل ذلك أيضا استيلاء شخص على بقايا لوحة أو مخطوط أتلفه أو مزقه مؤلفه وألقى بهذه البقايا .

فالحق الأدبى إذن لاينتقل إلى المستولى ، فلا يجوز له جمع هذه الأجزاء المادية بعضها إلى البعض بقصد إعادة تكوين اللوحة أو المخطط ونشره ، إذ أن فعل الإتلاف يدل على رغبة المؤلف في عدم نشر مصنفه ، والمقرر أن المؤلف وحده هو الذى يستطيع تقرير هذا النشر (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" جرى قضاء محكمة النقض على أن أخذ أحجار من الجبل من غير المناطق المخصصة للمحاجر لايعتبر سرقة لأن تلك الأموال مباحة وملكية الحكومة لها هى من قبيل الملكية السياسية العليالا الملكية المدنية التى يعد اختلاسها سرقة . فلا عقاب على من أخذ هذه الأحجار إلا في صورة ما إذا ثبت أن الحكومة وضعت يدها عليها وضعا صحيحا يخرجها من أن تكون مباحة إلى أن تكون داخلة في ملكها الحر أو المخصص للمنفعة العامة ".

(طعن رقم ١٤١٣ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/٣/١٤)

---

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط في شرح القانون المدنى الجزء التاسع المجلد الأول الطبعة الثانية ١٩٩٢ ص ١٩- الدكتور عبد المنعم الصده حق الملكية الطبعة الثانية ١٩٦٤ ص ٣٤٨ وما بعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٤١١.

(ب) – وضع اليد على المنقـول :

يجـب أن يضـع المسـتولى يده على المنقول وهذا هو الركن المـادى في الحيازة ، فيتعين حتى يتحقق الاستيلاء أن يستحوذ من يـريد تملـك المنقول عليه فيصبح في قبضة يده ويستأثر به دون سائر الناس .

(ج) ـ نية التملك :

وهـذه النية هى العنصر المعنوى للحيازة فيجب إذن على من يريد تملك المنقول بالاستيلاء أن يجمع بين عنصرى الحيازة المادى والمعنوى فيصبح حائزا للمنقول، وهذه الحيازة هى عين الاستيلاء.

فلـو الـتقط شـخص منقولا ملقى في الطريق مدفوعا بعامل الفضـول ، ولمـا تأملـه زهـد فيه وألقاه ثانية في الطريق ، فإنه لايتملكه بالاستيلاء لفقد العنصر المعنوى للحيازة وهو نية التملك . ولمـا كانـت نـية التملك واجبة ، فإن عديم التمييز كالصبى غير المميز والمجنون لايستطيع أن يتملك منقولا بالاستيلاء ، لانعدام نية التملك المترتب على انعدام التمييز [١].

---

(١) السـنهورى ص ٢٠- الدكتور رمضان أبو السعود الوجيز في الحقوق العينية الأصلية أبو السعود سنة ٢٠٠١ ص ١٦٢ .

وتنشأ الملكية للمستولى فور توافر عنصرى الاستيلاء ، دون حاجة لمرور فترة زمنية معينة على وضع اليد إذ تؤدى الحيازة إلى كسب الملكية دون قيد ولا شرط ، الأمر الذى لايتوافر لها في أى مجال آخر .

إذ الأصل ألا تكفى الحيازة وحدها للتملك ، بل يتعين أن تكون مدعمة بعناصر أخرى تختلف باختلاف الظروف والأحوال. فإذا وقعت الحيازة على منقول مملوك للغير ، وجب أن تقترن حيازة حائزه بالسبب الصحيح وحسن النية كيما يكتسب الملكية . وإذا وقعت على عقار مملوك للغير ، وجب علاوة على ذلك مضى مدة خمس سنوات لكى تؤدى إلى نفس النتيجة ، أو مضى خمس عشرة سنة إن كانت مجردة من العنصرين السابقين(١).

ومادام أن الاستيلاء ينصب على شىء غير مملوك لأحد فإن ذلك يترتب عليه نتيجتان :

الأول : أن الاستيلاء لايصلح سببا لكسب الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية ، كالانتفاع والارتفاق مثلا لأن هذه الحقوق مقررة لصاحبها على ملك الغير ، ومادام الاستيلاء يرد

---

(١) محمد على عرفه ص ١٤ .

علـــى شـــىء غـــير مملوك للغير ، فإنه لايصلح سببا لكسب هذه الحقوق، وبالتالى فهو سبب لكسب الملكية فقط .

الثانـــية : أن الاســـتيلاء كســـبب لكسب الملكية ، ينطبق على المنقولات دون العقارات ، لأن المنقولات وحدها هى التى يتصور أن تكـــون سائبة لا مالك لها ، أما العقارات فلها بالضرورة مالك ، إذ تنص المادة ١/٨٧٤ مدنى على أن : " الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة " ويتبع الأراضى في هذا الحكم كل ما يتصل بها اتصال قرار من مبان وأشجار [١].

---

(٢) الدكتور سعيد جبر أسباب كسب الملكية سنة ١٩٩٧/٩٦ ص ٣ ومابعدها.

مـــادة (٨٧١)

١- يصـــبح المـــنقول لا مـــالك له إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته .

٢- وتعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها مادامت طليقة . وإذا اعـــتقل حـــيوان مـــنها ثم أطلق عاد لا مالك له إذا لم يتبعه المـــالك فـــورا أو إذا كـــف عن تتبعه . وما روض من الحيوانات وألـــف الرجوع إلى المكان المخصص له ثم فقد هذه العادة يرجع ولا مالك له .

الشـــرح

٣١٤ـ التخلى عن المنقول بقصد النزول عن ملكيته :

تـــنص الفقرة الأولى من المادة على أن يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته .

وهذه الأشياء هى ما يطلق عليها اصطلاح "الأشياء المهجورة" أو "الأشياء المتروكة" .

والمقصـــود بهـــذه الأشـــياء ، المنقولات التى تركها أصحابها وتخلـــوا عـــن ملكيتها زهدا فيها أو تخلصا منها . وذلك كالأوراق والـــزجاجات الفارغـــة التى يستغنى عنها فتلقى في سلة المهملات ومخلفـــات المنازل التى تلقى في صناديق القمامة وبقايا المأكولات التى يتركها الإنسان في قطارات السكك الحديدية وما يقصد الإنسان أن يتخلص منه فيلقيه في قارعة الطريق .

ويدخـــل في ذلك أيضا البدرات من النقود الصغيرة ، التى يلقى بهـــا على الجمهور ليلتقطها في الحفلات والأعراس . وتسمى هذه الأشـــياء بالأشياء المهجورة أو المتروكة ، لأن صاحبها يهجرها أو يـــتركها بنية التخلى عنها ، فالهجر أو الترك يتكون من عنصرين، أحدهما مادى وهو التجرد عن حيازة الشيء ، والآخر معنوى وهو نـــية التخلى عن ملكية الشيء وتركه ليستولى عليه أول إنسان يعثر عليه فيحوزه [1].

وفى هذا قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية بأن :

١- " الشـــيء المتروك – على ما أشارت إليه المادة ٨٧١ من القـــانون المدنى في فقرتها الأولى – هو الذى يستغنى صاحبه عنه بإســـقاط حـــيازته وبنية إنهاء ما كان له من ملكية عليه فيغدو بذلك ولا مـــالك له ، فإذا استولى عليه أحد فلا يعد سارقا ولا جريمة في الاستيلاء على الشيء لأنه أصبح غير مملوك لأحد " .

(طعن رقم ٥٨٠ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٥٩/٤/٢٧)

٢- " لا يكفـــى لاعتـــبار الشيء متروكا أن يسكت المالك عن المطالـــبة به أو يقعد عن السعى لاسترداده بل لابد أن يكون تخليه واضحا من عمل إيجابى يقوم به مقرونا بقصد النزول عنه " .

(طعن رقم ٥٨٠ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٥٩/٤/٢٧)

---

(١) الســـنهورى ص ٢٩- المستشار أنور العمروسى الملكية وأسباب كسبها في القانون المدنى ٢٠٠٣- ٢٠٠٤ ص ٥٤١ .

ولاتندرج في الأشياء المهجورة أو المتروكة ، الأكفان والملابس والحلى وغيرها من الأشياء التى اعتاد الناس إيداعها القبور مع الموتى ، فهى مملوكة لورثتهم وقد خصصوها لتبقى مع جثث موتاهم .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن الأكفان والملابس والحلى وغيرها من الأشياء التى اعتاد الناس إيداعها القبور مع الموتى تعتبر مملوكة لورثتهم . وقد خصصوها لتبقى مع جثث موتاهم لما وقر في نفوسهم من وجوب إكرامهم في أجداثهم على هذا النحو موقنين بأن لاحق لأحد في العبث بشيء مما أودع . فهذه الأشياء لا يمكن عدها من قبيل المال المباح السائغ لكل شخص تملكه بالاستيلاء عليه . فمن يشرع في اختلاس شيء من ذلك يعد شارعا في سرقة وعقابه واجب قانونا".

(طعن رقم ١١٧٥ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/٤/٢٠)

٣١٥ـ التمييز بين الأشياء المهجورة (المتروكة) والأشياء الضائعة :

ينبغى التحرز من الخلط بين الأشياء المتروكة (المهجورة) والأشياء الضائعة عند تطبيق الاستيلاء كسبب لكسب الملكية، فيتعين لإعمال الاستيلاء أن يكون الشيء عديم الجدوى بالنسبة لمالكه بحيث يسوغ افتراض أنه قد تخلى عنه بقصد النزول عن ملكيته . فمن يجد ملعقة من الفضة في صندوق القمامة ، أو من

يعـــثر على حقيبة تركها أحد المسافرين على رصيف القطار أو في داخل القطار ، لايستطيع أن يدعي تملك شيء من ذلك بالاستيلاء، إذ لايسوغ افتراض نية التخلي عن الملكية عند المالك . بل إن هذه الأشـــياء وأمـــثالها تعتـــبر من قبيل الأشياء الضائعة التي لايؤدي الاســـتيلاء علـــيها إلـــى تملكها ، بل إلى اعتبار المستولي مرتكبا لجريمة السرقة إذا لم يبادر إلى تسليمها للجهات الإدارية المختصة وفقـــا لمـــا يقضي به التشريع الخاص بذلك . كما أن لمالك الأشياء الضائعة أن يستردها من العاثر عليها الذي لايستفيد أيضا من مبدأ " الحيازة في المنقول سند الحائز " [١].

٣١٦ـ الحيوانـــات غير الأليفة :

الحـــيوانات غـــير الأليفة كالغزلان والثعالب والأسود والنمور والقـــردة والفـــيلة ، ويدخل فيها على ما يراه البعض – الطيور في الهـــواء– فهي لا مالك لها مادامت على حالتها الطبيعية . ولكن إذا تملكها شخص بالاستيلاء فهي تظل مملوكة له ما بقيت في حيازته. فـــإذا أطلقهـــا أو انطلقـــت عادت إلى حالتها الطبيعية وخرجت من ملكـــه، مادام المالك لم يتتبعها فورا ليستعيدها . فإذا لم يتتبعها ، أو كـــف عـــن تتبعها جاز لغيره تملكها بالاستيلاء، أما إذا تتبعها فورا فإنها تظل على ملكه ، ولايجوز لشخص آخر أن يستولي عليها .

---

(١) محمد علي عرفه ص ٢٣ .

ومن الحيوانات غير الأليفة ما يروض فيألف الرجوع إلى مكانه، كحمـام الأبـراج ونحل الخلايا وهذه تظل ملكا لصاحبها حتى في حال انطلاقها مادامت قد ألفت العودة إليه . فإذا فقدت عادة العودة، فإنهـا تـرجع طليقة وتصبح بدون مالك ، ويجوز لأى شخص أن يمتلكها بالاستيلاء [1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ١- الاسـتيلاء لا يكون إلا على شيء لا مالك له ، والشيء الـذى لا مالك له يسمى سائبة ، ويكون المنقول سائبة . إما لأنه لم يكـن له مالك من قبل ، كالحيوانات المتوحشة الطليقة ، وكالسمك في البحر والطير في الهواء ، وإما لأنه بعد أن كان مملوكا أصبح سـائبة ، كـأن يتخلى مالك المنقول عنه بقصد النزول عن ملكيته، وكـأن تطلـق الحيوانات المتوحشة بعد اعتقالها ، ويكون ذلك بنية الـتخلى عن ملكيتها ، وتظهر هذه النية إذا لم يتبعها المالك فورا أو كـف عن تتبعها فتعود سائبة ، وكأن تفقد الحيوانات التى روضت واعـتادت الـرجوع إلى المكان المخصص لها هذه العادة فترجع سـائبة كما كانت فمن وضع يده على سائبة منقول بنية تملكه ملكه. ووضع اليد هنا هو الحيازة بعنصريها المادة والمعنوى" [2].

---

(١) عـبد المنعم البدراوى ص ٣٠٩ وما بعـدها - رمضـان أبـو السعود ص ١٦٣ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ١٩٣ وما بعدها .

٣١٧ـ الحيوانات الأليفة :

الحيوانات الأليفة كالبهائم والأغنام والدواجن، والكلاب والقطط، يكـون لها عادة مالك ، ومن ثم لاتعتبر من المنقولات التى لا مالك لهـا . فـإذا قتلت أو تسربت لم يفقد مالكها حقه عليها ، بل تعتبر أشياء ضائعة ، ولا تملك بالاستيلاء . وإنما يجوز تملكها بالاستيلاء إذا تخلـى صاحبها عن ملكيتها ، لأنها تصبح عندئذ منقولا لا مالك له [١].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣٠٩ – رمضان أبو السعود ص ١٦٣ .

مـادة (٨٧٢)

١- الكنز المدفون أو المخبوء الذى لايستطيع أحد أن يثبت ملكيته له، يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته.

٢- والكنز الذى يعثر عليه في عين موقوفة يكون ملكا خاصا للواقف ولورثته .

الشرح

٣١٨- تعريف الكنز وشروطه :

الكنز هو المنقول المدفون أو المخبوء الذى لايعرف له مالك .

ومن ثم يشترط لاعتبار الشىء كنزا أن تتوافر الشروط الآتية :

(الشرط الأول) :

أن يكون الشىء منقولا :

إذ لو كان عقارا لأصبح جزءا من العقار الذى وجد فيه ، فيسرى عليه ما يسرى على العقار . فالمبانى والأعمدة والقبور التى توجد مدفونة لاتعتبر كنوزا ، ولكنها إذا كانت آثارا فإنها تخضع لأحكام الآثار . كما أن المنقولات الأثرية لاتعتبر كنوزا ، وإنما تخضع هى أيضا لأحكام الآثار [١].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٣٥٠- نبيل سعد ص ٢٩٥

وقد جـاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما الكنز، وهو المنقول المدفون أو المخبوء في الأرض ..... الخ" [١].

وإذا كــان الشيء المدفون المخبوء قد توافرت له شروط العقار بالتخصــيص، كتمــثال عــثر عليه في مخبأ مقفول فى حائط فذلك لايحــول دون اعتــباره كنزا ، إذ العبرة بطبيعة الشيء الحقيقية لا الحكمية ، ولا شبهة في أن مثل هذا التمثال منقول بطبيعته ، بل إن تخبئــته على هذا النحو تفقده شروط العقار بالتخصيص ، إذ كيف يســوغ اعتــباره مخصصــا لخدمــة العقــار وهو محجوب عن الأنظار [٢].

(الشرط الثانى) :

أن يكون الكنز مدفونا أو مخبوءا :

والمقصود بذلك أن يكون الشيء محجوبا عن الأنظار . فالأشياء الــتى توجد على سطح الأرض لاتعتبر كنوزا ، فمثل هذه الأشياء تعتــبر مــن الضــوائع لا من الكنوز وتسرى عليها أحكام الأشياء الضائعة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٩٤ .

(٢) محمد على عرفه ص ٢٦ .

ولايهـــم بعـــد ذلك أن يكون المنقول المدفون أو المخبوء حديث العهـــد أو قديمه ، إذ لا شبهة في اعتباره كنزا في الحالين طالما أن أحدا لايستطيع إثبات ملكية له .

وقد يكون الكنز مدفونا في عقار ، كأرض أو حائط أو سقف . وقـــد يكـــون مخبوءا في منقول آخر ، كما لو وجد في مكان غير ظاهـــر مـــن قطعـــة أثاث كدرج مكتب أو كأوراق مالية توجد بين صفحات كتاب قديم (١).

وإذا كـــان نص المادة ٨٧٢ مدنى يفهم منه أن الكنز إنما يوجد في عقار فإن الشارع لم يتناول فيه إلا الحالة الغالبية (٢).

(الشرط الثالث) :

أن يكون متميزا عما يحتويه :

يشـــترط أن يكون الكنز متميزا عما يحتويه كالأرض – غالبا- فما يوجد من معادن ونفط وأحجار كريمة في باطن الأرض لا يكون كنزا ، لأنه جزء من باطن الأرض وليس مدفونا أو مخبوءا (٣).

---

(١) السنهورى ص ٣٣ – عبد المنعم البدراوى ص ٣١٣ .

(٢) عـــبد المنعم الصده ص ٤٥١ – الدكتور محمد وحيد الدين سوار شرح القانون المدنى – الحقوق العينية الأصلية الطبعة الخامسة ص ٤٧٧.

(٣) الســـنهورى ص ٣٣- عـــبد المنعم الصده ص ٤٥١ – الدكتور محمود جمال الدين زكى دورس في الحقوق العينية الأصلية ١٩٧٦ ص٢٦٤ .

(الشرط الرابع) :

ألا يستطيع أحد إثبات ملكيته للمنقول :

فإذا استطاع شخص أن يقيم الدليل على ملكيته للمنقول، وأنه قد دفنه في باطن الأرض أو خبأه في مخبأ سرى خوفا عليه من السطو أو المصادرة أو للطمأنينة على بقائه محفوظا ، كان له أن يسترده بدعوى الاستحقاق .

ويجوز إثبات حق الملكية بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن . وعلى ذلك فإثبات ملكية قطع النقود يجوز أن ينتج من كونها وجدت في منزل كانت تسكنه باستمرار عائلة المالك الحالى من الوقت الذى بدأ فيه تداول هذه القطع . فقد يجد القاضى في هذه الواقعة قرينة لمصلحة مالك المنزل . وإثبات الملكية هو كل ما يتطلبه القانون .

فالمالك لايتطلب منه أن يثبت أنه كان يعلم أين يوجد الكنز[١].

ويقوم وصف الكنز للشيء الذى تتوافر فيه هذه الشروط . دون أن يستلزم العثور عليه بمحض الصدفة ، فقد يتوقع شخص أن يكون في أرض كنز ويسعى للكشف عنه ، فإذا وجده سرت عليه الأحكام الخاصة بالكنز[٢].

---

(١) الدكتور محمد كامل مرسى شرح القانون المدنى الحقوق العينية الأصلية الجزء الثالث الطبعة الثانية ١٣٧١ هـ - ١٩٥٢م ص ١٥ .

(٢) السنهورى ص ٣٣ هامش (٣) - محمود جمال الدين زكى ص ٢٦٤- ويذهب الدكتور السنهورى - بحق - ص (٣٤) إلى أن : " الكنز

٣١٩- لمن يكون الكنز ؟

يتضح من نص المادة ٨٧٢ مدنى أن كسب ملكية الكنز ليس أساسه الاستيلاء - وذلك على الرغم من ورود هذه المادة بين النصوص الخاصة بالاستيلاء- فالكنز لمالك العقار الذى يوجد به ، ولو كان الذى عثر عليه شخص آخر وضع يده عليه بنية تملكه ، ولا يكون لهذا الأخير أى حق فيه .

ويذهب الرأى الغالب إلى أن أساس هذا التملك هوحكم القانون ، فقد رأى الشارع أنه مادام لايوجد أحد يستطيع أن يثبت ملكيته للكنز فإن أولى الناس بالكنز هو صاحب العقار ، فقد وجد الكنز في عقاره ولا يستطيع أحد أن يدعى على الكنز حقا أقوى من حقه [1].

بالتحديد السابق ليس من الدقة أن يقال إنه منقول لا مالك له . فقد رأينا أن المنقول الذى لا مالك له إما أن يكون لم يملكه أحد منذ البداية ، أو يكون قد ملكه شخص ثم تخلى عن ملكيته . والكنز ليس هذا ولا ذاك ، فهو قد كان له مالك ، ولم يثبت أن هذا المالك قد تخلى عن ملكيته بل الظاهر أنه كان حريصا عليه عندما دفنه أو خبأه . لذلك يبدو أن الكنز لايصح أن يكون محلا للاستيلاء . كما يصح أن يكون محلا للاستيلاء المنقول الذى لا مالك له . وإذا كنا نعالج هذه المسألة بين مسائل الاستيلاء ، فلأن الكنز يقرب من المنقول الذى ليس له مالك في أنه ولو أن له مالكا إلا أن هذا المالك غير معروف " .

(١) السنهورى ص ٣٦ ومابعدها – عبد المنعم الصده ص ٣٨٠ – سعيد جبر ص ١٢- الدكتور جميل الشرقاوى الحقوق العينية الأصلية الكتاب الأول حق الملكية سنة ١٩٧٤ ص ٣٥٣ – وهناك رأى يذهب إلى أن

ومـــالك العقار الذى يكون له الكنز هو المالك وقت العثور على الكنز . غير أنه يجوز للمالك السابق أن يثبت ملكيته للكنز ، إذ أن الاتفـــاق على نقل الملكية في هذه الحالة لم يكن ملحوظا فيه وجود كنز في العقار [١].

وإذا بـــاع المالك العقار وعثر المشترى على كنز فيه ثم أبطل البـــيع أو فســـخ . فقد ذهب رأى إلى أن الأثر الرجعى للإبطال أو الفســـخ يجعل الأرض لم تخرج أصلا عن ملكية البائع ، فكان هو المـــالك وقت العثور على الكنز ، ومن ثم يكون الكنز له . ولو أنه

أســـاس تملك مالك العقار الكنز هو التبعية . فملكية الشيء تشمل جميع أجزائه ، وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها (عبد المنعم البدراوى ص ٣١٤- الدكـــتور رمضـــان أبو السعود الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ٢٠٠١ ص ١٦٦) .

وقد انتقد هذا الرأى بأنه ليس من الممكن اعتبار الكنز من توابع الأرض فهو ليس جزءا من الأرض كالمناجم والمحاجر ، وهو لايتصل بالأرض اتصال قرار كالبناء والغراس.

كما ذهب رأى ثالث إلى أن الكنز يعتبر من الملحقات التى تشملها ملكية العقـــار (الدكـــتور محمد على عرفه شرح القانون المدنى الجديد الجزء الثانى أسباب كسب الملكية طبعة ١٩٥٥).

وقد انتقد هذا الرأى بأن الكنز لا يصدق عليه وصف الملحقات ، كما أنه ليس من ثمار العقار أو منتجاته ، ولو صح أنه من الملحقات لامتد إليه حق المنتفع ، في حين أن النص صريح في أن الكنز يكون لمالك الرقبة.

(١) محمد على عر فه ص ٢٨ ومابعدها .

وجـــد وقـــت أن كان المشترى حائزا للعقار . لأن المشترى الذى يفسح سنده يعتبر أنه لم يكن مالكا في أى وقت [١].

بينما ذهب رأى آخر إلى أن الأولى عدم إعمال الأثر الرجعى- وهو مجرد مجاز قانونى - إلى هذا الحد ، والتسليم بأن المالك فعلا وقـــت العـــثور علـــى الكنز كان هو المشترى لا البائع ، فيكون له الكنز [٢].

ونرى الأخذ بالرأى الأول .

وإذا عـــثر علـــى الكنز في منقول ، كان الكنز لمالك المنقول، ســـواء كـــان مالكـــا للعقار الذى يوجد فيه المنقول أو لم يكن مالكا له [٣].

وإذا كـــان على العقار حق انتفاع لشخص آخر أو حق حكر أو كـــان للعقـــار مستأجر ، وعثر شخص على كنز في العقار ، فإن الكنز لا يكون لصاحب حق الانتفاع أو الحكر المستأجر وإنما يكون لمالك العقار ، لأن الكنز لايعتبر ثمارا للعقار .

وإذا عـــثر علـــى الكنز في أرض موقوفة (الوقف الخيرى هو القائم الآن) ، لم يكن الكنز ملكا للوقف أو المستحقين ، وإنما يكون ملكا خاصا للواقف نفسه أو ورثته . فالوقف لايمتد إلى الكنز.

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٤ .
(٢) السنهورى ص ٣٧ هامش (١) .
(٣) السنهورى ص ٣٧ .

وإذا عثر على الكنز في ملك الدولة ، سواء ملكها العام أو الخاص ، كان الكنز جميعه للدولة .

ولما كان الكنز بطبيعته لايعتبر جزءا من العقار الذى يوجد به ولايعتبر من ثماره أو منتجاته فإنه ليس للدائنين المرتهنين لعقار وجد فيه كنز حق أولوية على ثمن هذا الكنز (١).

٣٢٠ـ مطالبة المالك بالكنز :

للمالك أن يطالب من وجد الكنز بهذا الكنز ، مادامت مدة التقادم لم تنقض . ولايستطيع الأخير أن يحتج على المالك بقاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية " ، لأنه وإن أمكن القول بأن له سندا صحيحا – وهذا غير مؤكد– فإنه لايعتبر حسن النية ، لأنه يعلم أو كان واجبا عليه أن يعلم أن الشيء الذى وجده له مالك ، وأن هذا المالك له الحق في أن يطالب به بإثبات حق ملكيته . ولكن من يشترى الشيء من الواجد أو من خلفائه معتقدا أنه كان مملوكا لهم يمكنه الاحتجاج بقاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية" ضد المالك الذى يطالب باسترداده . ولايعتبر الكنز شيئا ضائعا أو مسروقا (٢).

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٤ وهامش (١) .

(٢) محمد كامل مرسى ص ١٥ ومابعدها .

٣٢١ـ عدم استحقاق واجد الكنز نصيبا من الكنز :

لــم يعط القانون غير المالك الذى يعثر على الكنز نصيبا منه- علـــى خلاف الحال في القانون الفرنسى – ويرى البعض أنه إذا لم يتـــبرع له المـــالك بشـــىء فلا يكون أمامه إلا ما تخوله له دعوى الإثراء بلا سبب [١].

---

(١) السنهورى ص ٣٧ .

مــادة (٨٧٣)

الحــق فــي صيد البحر والبر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة .

الشـــــرح

صيد البحر والبر :

٣٢٢- (أ) - اللوائح المنظمة لصيد البحر والبر :

تــنص المادة على أن الحق في صيد البحر والبر تنظمه لوائح خاصـــة. فهناك العديد من التشريعات التى تنظم الحق في الصيد ، وتضـــع بعــض الشــروط والضوابط له ، وهذه تدخل في مباحث القانون الإدارى ولا شأن لها بحكم الصيد من الناحية المدنية .

٣٢٣- (ب) – حكم الصيد من الناحية المدنية :

الســمك في البحر والطير في الهواء منقول لا مالك له أصلا ، ويكون لمن يستولى عليه أن يتملكه بالاستيلاء .

ويملــك الصـــائد ما يصيده من صيد البحر أو الهواء ولو كان مخالفــا لقوانيــن ولوائــح الصيد حيث يتعرض في هذه الحالة إلى العقوبات المنصوص عليها في القوانين واللوائح .

ويقــع الاســتيلاء الذى يكسب الملكية بوقوع السمك في شبكة الصـــائد ، ولو لم يخلصه منها ، وبعبارة أخرى يقع الاستيلاء على الصيد منذ أن تنتهى حريته .

ويـتم تملك صيد البر عندما يصاب الحيوان أو الطير ، بحيث لايستطيع أن يهرب من القبض عليه حتى ولو وقع الطير في أرض مملوكـة لغـير الصـائد . فليس من الضرورى لتحقق الاستيلاء الإحـراز المادى للطير ، فالمسلم به أنه يكفى أن يقع الطير ميتا أو مجروحا جرحا قاتلا بحيث لايستطيع توقى مطاردة كلاب الصيد له ولايسـتطيع الفـرار مـنها ، فـيكون إحـرازه أمرا محققا وشيك الوقوع[1].

وإذا جرح صيادان حيوانا بعينه جرحا قاتلا فإنه يكون ملكا لمن أحـدث بـه أولا الإصابة القاتلة . فإذا لم يمكن تعيين مطلق العيار الـذى سـبب أول جـرح قاتل اعتبر أنه حدث من الاثنين ويقسم الحيوان بين الصيادين قسمة عينية أو بالبيع .

أمـا إذا كـان الصيد في مياه مملوكة ملكية خاصة ، مثل مياه البرك، فهذا لا يكون إلا لمالك هذه المياه ، بل إن هذا المالك يعتبر فـي الغالب مالكا للسمك الذى يعيش فيها ، ومن يصيد إضرارا به يمكن اعتباره مرتكبا للسرقة [2].

والأصل في حق صيد الطير في الأرض المملوكة لشخص أنه يملكـه صـاحب هذه الأرض ، فإذا كانت الأرض شائعة كان لكل

---

(١) الدكتور محمود جمال الدين زكى ص ٢٥٩ وما بعدها - الدكتور محمود خيال الحقوق العينية الأصلية ص ١٨١ وما بعدها .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٢٨ .

مالك في الشيوع حق الصيد فيها ، أما النزول للغير عن حق الصيد فيقتضى رضاء جميع الملاك في الشيوع . ويكون كذلك للمنتفع حق الصيد فيها ، أما المستأجر فلا يملك ذلك إلا باتفاق خاص .

غير أنه لايجوز ترتيب حق ارتفاق بالصيد ، لأن حق الارتفاق لايترتب إلا لمصلحة عقار لا لشخص .

٣٢٤- حكم اللقطة (الأشياء الضائعة أو المفقودة) :

اللقطة والمقصود بها الأشياء الضائعة أو المفقودة ، هى الأشياء الضائعة التى يفقدها صاحبها ولايعثر عليها ، فيعثر عليها شخص آخر ويلتقطها .

وهى تختلف عن الأشياء المتروكة في أن صاحبها لم يقصد التخلى عنها رغم فقده حيازتها ولذلك تظل على ملك صاحبها ولايجوز الاستيلاء عليها . ومن أمثلة ذلك الحيوانات الأليفة التى تتسرب من أصحابها أو تضل طريقها ، والنقود التى يفقدها أصحابها ، والحقائب والأمتعة التى يفقدها أصحابها في القطارات أو الطائرات أو وسائل النقل العام ، والطرود التى لم يتقدم أصحابها لتسلمها من مكاتب البريد أو مخازن الجمارك [١].

---

(١) رمضان أبو السعود ص ١٦٤ وما بعدها – الدكتور نبيل سعد الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها طبعة ١٩٩٩ ص ٢٩٤.

والقرائــن تميز بين اللقطة والأشياء المتروكة ، فلا يكون مثلا لمــن يجد في صندوق القمامة ملعقة فضية ، أو في إحدى عربات الســكك الحديديــة حقيبة للأمتعة ، أو في غرفة فندق بعد مغادرة الــنزيل آلة تصوير أن يدعى أن هذا المنقول أو ذاك شيء متروك يملكــه بالاستيلاء عليه ، بل تقطع الظروف أنه شيء نسيه صاحبه ولم يتخل قط عن ملكيته [1].

ويلاحــظ أن الحــيوان الجامح لايعتبر ضائعا ، فإن جمح عن محله ، كالخيل والمواشى التى تهرب من اسطبلاتها أو حظائرها ، وأوقفهــا شــخص فلا يكون له الحق في المكافأة التى ينص عليها الأمر العالى الصادر في ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ (المعدل) [2]. وإنما يرجع بدعوى الفضالة على صاحب الحيوان [3].

كذلك لاتعتبر شيئا ضائعا الدواجن والحيوانات الأليفة التى تبعد كثيرا عن مجالها التى توجد به ، إذا كان من عادتها الرجوع ، مثل حمــام الأبــراج المنزلية ، وسمك البرك أو الأحواض ، وحيوانات الصــيد الــتى تحبس في مكان فسيح . فمن يستولى عليها في فترة انطلاقهــا بنــية تملكهــا أو يستدرج حمام الأبراج بطريقة تدليسية ليستولى عليها يعد في حكم السارق[4].

---

(١) السنهورى ص ٤١- محمود جمال الدين زكى ص ٢٦٦.
(٢) محمد كامل مرسى ص ٤٢ - السنهورى ص ٤٥ هامش (٢) .
(٣) السنهورى ص ٤٥ هامش (٢) .
(٤) محمد كامل مرسى ص ٤٢- السنهورى ص ٤٧ هامش (٢) ومابعدها- محمد على عرفه ص ٣٠.

والمـــادة قد نصت على أن اللقطة تنظمها لوائح خاصة . فهناك كثـير مـن اللوائح والأوامر الإدارية التى تنظم الأشياء الفاقدة في بعـض القطاعـات كالقطارات أو الطائرات أو وسائل النقل العام والطـرود الـتى لـم يتقدم أصحابها لتسلمها من مكاتب البريد أو مخازن الجمارك . فهي تحدد مثلا المدة التى تحفظ الأشياء الضائعة خلالهـا ، وتـنظم كيفية التصرف في هذه الأشياء بعد انقضاء هذه المـدة وحفظ ثمنها لحساب المالك ، ومتى تؤول هذه المبالغ للدولة إذا لم يتقدم أصحاب الأشياء الضائعة لاستلامها.

وإذا كانـت اللقطـة كالكـنز منقولا لم يتخل عنه صاحبه فإنها تخـتلف مـع ذلك عنه في ظهورها على نقيض الكنز الذى يكون مدفونـا أو مخبوءا ، وفى أن احتمال معرفة صاحبها أقرب ، لأنه فـي الغالـب فقدها منذ مدة قريبة ، ولايفتأ عن البحث عنها ، على نقـيض الكنز الذى لا يعرف في العادة مالكه أبدا نظرا لقدم العهد على دفنه أو تخبئته فقد أشرنا إلى أن الغالب أن يكون دفن أو تخبئة الكنز قديمة .

وبالترتيـب علـى ما تقدم ، فإن اللقطة لاتصلح أن تكون محلا للاستيلاء لأن لها مالك ، لذلك لا تسرى عليها أحكام الاستيلاء .

وأهم التشريعات التى تنظم الأشياء الفاقدة وأكثرها شمولا هو الأمــر العالى الصادر في ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ (المعدل بالقانون رقــم ٢٩ لســنة ١٩٨٢) بشــأن العثور على الشىء أو الحيوان الضائع ورده إلى صاحبه أو التبليغ عنه .

وتخلص أحكام هذا التشريع فيما يلى :

١- كــل مــن عــثر على شىء أو حيوان فاقد وجب رده إلى صاحبه متى تيسر ذلك . أو يسلمه إلى مقر الشرطة أو جهة الإدارة خلال ثلاثة أيام (م ١ معدلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٣) .

٢- إذا لــم يطالــب المالك بالشىء الضائع في ظرف سنة أو الحيوان المفقود في مدة عشرة أيام يباع الشىء أو الحيوان بمعرفة الإدارة بالمــزاد العمومى ، وإذا كان الشىء قابلا للتلف قبل مضى مــيعاد السنة يجوز بيعه في ميعاد أقصر يحدده المحافظ أو المدير على حسب الأحوال (م٢) .

٣- كــل شــخص يسلم لمأمورى الحكومة الشىء أو الحيوان الضــائع يكــون له الحــق في مكافأة قدرها عشر القيمة وفى حالة اســترداد المــالك للشــىء الضائع يكون ملزما بدفع قيمة المكافأة بحسب تقدير الإدارة (م٣).

٤- ثمــن الشــىء أو الحــيوان المباع يبقى محفوظا على ذمة المــالك مدة ثلاث سنوات وفى حالة الطلب يلزم تسليمه بعد خصم

مصـــاريف الحفـــظ والبيع وقيمة المكافأة المدفوعة لمن عثر على الشيء أو الحيوان (م٤) .

٥- بعد مضى ثلاث سنوات من تاريخ البيع يضاف باقى الثمن لجانب الخزانة (م٥) .

٦- يصدر قرار إدارى ببيان تفصيلات العمل بأحكام الديكريتو المذكـــور وخصوصا فيما يتعلق بنشر كشف بالأشياء أو الحيوانات التى صار تسليمها لجهات الحكومة وبالإعلان عن بيعها (م٦).

أمـــا إذا لـــم يسلم من عثر على الشيء أو الحيوان إلى صاحبه مـــتى تيســـر ذلك ، أو لم يسلمه إلى مقر الشرطة أو جهة الإدارة خـــلال ثلاثة أيام فإنه يعاقب بالحبس مع الشغل مدة لاتجاوز سنتين إذا احتبسه بنية تملكه .

أمـــا إذا احتبســـه بعد انقضاء تلك الفترة بغير نية التملك فتكون العقوبـــة الغرامة التى لاتجاوز مائة جنيه (م ١ معدلة بالقانون ٢٩ لسنة ١٩٨٣) .

فالمشـــرع يفرق إذن فى العقوبة بين احتباس الشيء أو الحيوان الضائع بعد المدة المذكورة ، بين احتباسه بنية التملك فيجعل العقوبة الحـــبس مـــع الشغل مدة لاتجاوز سنتين ، وبين احتباسه بغير نية التملك فتكون العقوبة الغرامة التى لاتجاوز مائة جنيه .

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - (قبل تعديل المادة الأولى من الديكريتو بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢) بأن :

١- " من المقرر أنه لايشترط في جريمة تملك الشيء الضائع أن تكون نية التملك قد وجدت عند المتهم حال عثوره على الشيء ، بل يكفي أن تكون قد توافرت لديه بعد ذلك الوقت " .

(طعن رقم ٢٧٩٥ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٣١)

٢- (أ) - " من المقرر أنه يجب لتطبيق أحكام السرقة في أحوال العثور على الأشياء الضائعة أن تقوم لدى من عثر على الشيء نية تملكه ولو كان بعد العثور عليه " .

(ب)- " لئن كانت محكمة الموضوع غير ملزمة بالتحدث استقلالا عن نية التملك في جريمة السرقة إذا لم تكن هذه النية محل نزاع ، إلا أنه متى كان المتهم قد نازع في توافر هذا الركن فإنه يتعين على المحكمة أن تتصدى لهذا القصد وتقديم الدليل على توفره. ولما كان مؤدى دفاع الطاعن أن القصد الجنائي للجريمة التي دين بها - وهو نية التملك - لم يكن متوفرا لديه لمبادرته إلى رد الحقيبة للمجني عليها ، فإنه كان يتعين على المحكمة أن تعرض لهذا الدفاع وتقسطه حقه وترد عليه ردا سائغا يبرر اطراحها له إن رأت عدم الأخذ به باعتباره دفاعا جوهريا يترتب على ثبوته تغيير وجه الرأى في الدعوى . أما وهي لم تفعل فإن حكمها يكون قاصرا ".

(طعن رقم ١٨٦٥ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٥/٢/٣)

ومـــن الناحـــية المدنية فإنه إذا احتفظ العاثر على المال الضائع بحيازته بنية تملكه ، فإن هذه الحيازة تؤدى به حتما إلى التملك إذا استمرت مدة التقادم الطويل ، شأنه في ذلك شأن كل مغتصب لملك الغير .

أمـــا إذا لم تكتمل مدة التقادم الطويل ، فإنه يجوز لمالك الشىء الضـــائع أن يســـترده من تحت يد من عثر عليه ، ولايستطيع هذا الأخير أن يدفع بسقوط دعوى الاسترداد بانقضاء ثلاث سنوات من وقـــت ضـــياع الشىء بالتطبيق للمادة ٩٧٧ مدنى ، لأن هذا النص لايفـــيد من حكمه إلا حائز المنقول بحسن النية ولديه سند صحيح ، ولاشبهة في أن من يحتفظ بحيازة شىء عثر عليه في الطريق العام يكون سيىء النية ، فضلا عن أن واقعة العثور على الشىء الضائع لاتعتبر سببا صحيحا . فلا يمتلك إلا بالتقادم الطويل .

أمـــا إذا باعت الحكومة الأشياء التى سلمت إليها بالمزاد العلنى بعـــد ســـنة من تسلمه ، فيكون للراسى عليه المزاد أن يدفع دعوى اســـترداد المالك بانقضاء ثلاث سنوات من وقت الضياع . فإذا لم تنقض هذه المادة كان للمالك أن يسترد الشىء الضائع على أن يرد الثمن لمن رسا عليه المزاد . ويرجع المالك على جهة الإدارة بباقى الثمـــن الذى أودع لحساب بعد استنزال العشر الذى دفع مكافأة لمن عثر على الشىء الضائع [١].

---

(١) السنهورى ص ٤٤ وما بعدها – محمد على عرفه ص ٣٠ ومابعدها .

والحيازة مدة التقادم الطويل لاتفيد في اكتساب الملكية ، إذا ثبت أنهــا كانــت في الأصل حيازة عرضية ، إذ ليس لأحد أن يكسب الــتقادم علـــى خـــلاف سنده (م ٩٧٢) . فإذا ترك النزيل في فندق بعــض أمتعـــته عند مغادرة الفندق ، فإن صاحب الفندق لايكتسب ملكية هذه الأمتعة بمضى خمسة عشر عاما على حيازته إياها ، إذ أن حـــيازته طوال هذه المدة تكون غير نافعة لكونها عرضية بحكم كونه وديعا ، فتنشغل ذمته بالتالى بالتزام الرد .

لكـــن فـــي وسع صاحب الفندق في مثل هذا الفرض أن يحبط ســـعى النزيل في استرداد الأمتعة بعد مضى ١٥ سنة على تركها فـــي الفندق ، وهو في هذه الحالة لايستند إلى التقادم المكسب ، بل إلـــى الـــتقادم المسقط الذى قررته المادة ٣٧٤ كمبدأ عام بقولها : "يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة " ، والالتزام بالرد التزام شخصى يخضع دون شك لهذا الحكم العام [١].

٣٢٥ـ التركة التى لا وارث لها :

إذ توفـــى إنســـان ولم يخلف ورثة ، فإن تركته لاتعد مالا غير مملـــوك لأحد ، بحيث يمكن لأى شخص تملكها بطريق الاستيلاء . وإنمـــا تـــؤول هذه التركة طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية إلى بيت المـــال، ويمثل بيت المال الآن وزارة الخزانة . غير أن بيت المال

(١) محمد على عرفه ص ٣١ .

لايتملك هذه التركة باعتباره وارثا، بل باعتبارها مالا لا مالك له ، ويكون أمينا بوضع المال تحت يده ليصرف في مصارفه الشرعية.

ويترتب على عدم اعتبار بيت المال وارثا أنه لايصلح خصما في دعوى الوراثة ، ولايجوز بالتالى لبيت المال إنكار الوراثة على أحد ممن يدعيها إنكارا يستدعي استصدار حكم شرعى ، ويمكن لمن يدعى استحقاقه لمال تحت يده إثبات وراثته للمتوفى عن ذلك المال بإعلام شرعى .

وقد نصت المادة الرابعة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ على أن يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتى :

(أولاً) ما يكفى ....

....

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة أو مابقى منها إلى الخزانة العامة " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " بيت المال وإن عد مستحقا للتركات التى لامستحق لها ، فإنه لايعتبر وارثا في نظر الشرع ، ولذلك فهو لا يصلح خصما في دعوى الوارثة " .

(طعن رقم ٢١ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣٢/٥/٢٦)

٢- " وفقا للمادة ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يكون تحقـيق الوفاة والوراثة حجة في هذا الخصوص ما لم يصدر حكم علـى خلاف هذا التحقيق ، وإنكار الوراثة الذى يستدعى مثل هذا الحكم يجب – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن يصدر من وارث ضد آخر يدعى الوراثة ، وبيت المال- وزارة الخزانة- لايعتـبر وارثـا بهذا المعنى وإنما تؤول إليه التركة على أنها من الضـوائع التى لايعرف لها مالك وهو ما تؤكده المادة الرابعة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ في قولها " فإذا لم يوجد أحد مـن هؤلاء آلت التركة أو ما بقى منها للخزانة العامة " – وإذ كان الثابـت أن الطاعـن استند في دعواه على الإعلام الشرعى الذى بمقتضـاه تحققـت وفـاة والدته وانحصار إرثها فيه وأغفل الحكم المطعـون فيه حجية هذا الإعلام في مواجهة بيت المال فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وشابه قصور يعيبه ".

(طعن رقم ٢ لسنة ٣٥ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٦/٥/١١)

وقضى بأن البطريركية ليست جهة حكم ولاجهة لضبط مال من لم يظهر له وارث .

إذ ذهبت محكمة النقض إلى أن :

البطريركـية ليست جهة حكم ولا جهة لضبط مال من لم يظهر له وارث . بل ذلك من خصائص وزارة المالية بصفتها بيت المال.

فتصرف البطريركية بتناول النقود وتسليم التركة إلى مطلق المتوفاة، الذى لا يرثها بحال ، ليسلمه لذى الحق فيه هو تصرف غير مشروع من أساسه ، ولايدخل إطلاقا في حدود سلطتها باعتبارها شخصا معنويا من أشخاص القانون العام (personne morale de droit publigue) وإذن فهى مسئولة عن هذا التصرف باعتبارها شخصا معنويا من أشخاص القانون الخاص . (personne morale de droit privé) .

(طعن رقم ٦٩ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٦/٤/٢)

وقد صدر القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة التى تتخلف عن المتوفين من غير وارث[1] ، ونصت مادته الأولى

---

(١) الجريدة الرسمية في ٢٧ مارس سنة ١٩٦٢ – العدد ٧٣ .
وننشر فيما يلى القانون بنصوصه كاملة :

قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة
بالقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢
(المعدل بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧١)
بشأن التركات الشاغرة التى تتخلف عن المتوفين من غير وارث

باسم الأمة
رئيس الجمهورية
بعد الاطلاع على الدستور المؤقت ،
وعلى الدكريتو الصادر في ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ بتنظيم أعمال بيت المال،
وعلى القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ بإصدار قانون العقوبات ،

وعلى القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ الخاص بضريبة الأطيان والقوانين المعدلة له .
وعلى القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بأحكام المواريث ،
وعلـــى القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٤٤ في شأن رسم الأيلولة والقوانين المعدلة له ،
وعلى القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى ،
وعلى القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القانون المدنى ،
وعلـــى القـــانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ بإضافة كتاب رابع إلى قانون المـــرافعات المدنـــية والتجارية في الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ،
وعلـــى القـــانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ في شأن الضريبة على العقارات المبنية والقوانين المعدلة له ،
وعلـــى القانون رقم ٢٢٣ لسنة ١٩٥٥ بشأن فرض مقابل تحسين على العقارات التى يطرأ عليها تحسين بسبب أعمال المنفعة العامة ،
وعلى القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٦٠ بإصدارقانون نظام الإدارة المحلية،
وعلى ما ارتآه مجلس الدولة ،

قرر القانون الآتى :

مادة ١ـ تـــؤول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بالجمهورية العربية المتحدة والتى يخلفها المتوفون من غير وارث أيا كانت جنسيتهم وذلك من تاريخ وفاتهم .
وتعد الإدارة العامة لبيت المال بوزارة الخزانة قوائم عن العقارات التى تتضمنها هذه التركات وتشهر بدون رسم .

مادة ٢ـ ينقضـــى كل حق يتعلق بالتركة ولو كان سببه الميراث بمضى ١٥ سنة تبدأ من تاريخ النشر المنصوص عليه في المادة الرابعة من هذا القـــانون ، مـــا لـــم يـــتخلل هذه المدة سبب من أسباب وقف التقادم أو انقطاعـــه. وذلك مع عدم الإخلال بأحكام القوانين التى تقضى بمدد تقادم أقل .

(الفقرة مستبدلة بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧١) .
وإذا كان التصرف قد تم في أصول التركة كلها أو بعضها قبل أن يتقرر حق ذوى الشأن فيها انتقل حقهم في هذه الأصول إلى صافى ثمنها .
وعلى كل من يثبت له حق في هذه التركة أن يؤدى كافة المصروفات والضرائب والرسوم المنصوص عليها في هذا القانون بنسبة النصيب الذى آل إليه .
ولاتبدأ مدة التقادم في شأن من تثبت لهم حقوق في هذه التركات بالنسبة للمصروفات والضرائب والرسوم التى يلتزمون بأدائها إلا من تاريخ ثبوت حقهم فيها .
مادة ٣ـ على مالكي ومؤجرى المساكن والأماكن التى يتوفى بها من لاوارث له والمقيمين مع المتوفى وخدمه وعلى رجال الإدارة المختصين ومديرى المستشفيات والمصحات والملاجئ أن يبلغوا الجهات التى يعينها وزير الخزانة بقرار يصدر منه عن الوفاة خلال أربع وعشرين ساعة من وقت علمهم بها .
مادة ٤ ـ على الإدارة العامة لبيت المال أن تتخذ الإجراءات القانونية اللازمة للتحفظ على الأموال الظاهرة للمتوفى وأن تقوم على وجه الاستعجال بإجراء التحريات الإدارية للتثبت من صحة هذا البلاغ ، فإذا ظهر من هذه التحريات أن البلاغ غير صحيح ألغيت إجراءات التحفظ على التركة وإلا قامت بإجراء الحصر والجرد والتقييم ، فإذا تبين لها أن قيمة عناصر التركة تزيد على مائتى جنيه أصدرت بيانا باسم المتوفى من غير وارث ظاهر .
ويجب نشر هذا البيان مرة في صحيفة يومية واسعة الانتشار ، وإذا زادت قيمة عناصر التركة على خمسمائة جنيه يجب نشر البيان مرتين في صحيفتين يوميتين واسعتى الانتشار ، على أن تمضى بين النشرة الأولى والنشرة الثانية مدة لاتزيد عن خمسة أيام .
(المادة مستبدلة بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧١) .

مادة ٥ — على المديرين والمشرفين والحائزين بأية صفة كانت لأى مال من أموال التركات المشار إليها في المادة الأولى ، وعلى المدينين بها أن يقدمــوا بيانا عنها على الأنموذج المعد لذلك إلى مندوب الإدارة العامة لبيت المال خلال ثلاثين يوما من تاريخ النشرة الثانية .

مـادة ٦ـ تشكل بقرار من وزير الخزانة لجان تكون مهمتها حصر هذه الــتركات وجــردها ويكون لها الحق في دخول مسكن المتوفى وأملاكه الأخــرى والأماكن التى تكون بها أموال منقولة مملوكة له وذلك لاتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة للمحافظة على هذه الأموال .

وإذا كــان المــتوفى أجنبيا تعين على اللجنة المختصة أن تخطر بوقت كــاف، قنصل الدولة التى ينتمى إليها لحضور عمليتى الحصر والجرد فإن لم يحضر كان لها أن تباشر عملها في غيابه .

مادة ٧ـ تقوم اللجنة المشار إليها في المادة السابقة بتقويم عناصر التركة وعليها أن تودع النقود خزانة المحافظة لحساب التركة .

وإذا كان بين موجودات التركة أوراق مالية أو مصوغات أو مجوهرات أو تحــف أو أشياء ذات أهمية خاصة أو يتعذر تقدير قيمتها محليا كان عليها أن ترسلها لوزارة الخزانة للتحفظ عليها بعد تقدير قيمتها بمعرفتها أو بواسطة من ترى الإستعانة بهم من الخبراء الفنيين .

مـادة ٨ـ تسلم الأراضى الزراعية للإدارة العامة للأملاك وطرح النهر، أمــا العقارات المبنية والأراضى الفضاء المخصصة للبناء فتسلم لوزارة الإســكان والمرافق العامة لإدارتها لحساب التركة حتى تتم تصفيتها أو يتقرر تسليمها لصاحب الحق فيها .

وتصــفى من تاريخ الوفاة جميع أنواع النشاط التجارى أو المهنى التى كان يزاولها المتوفى .

مـادة ٩ـ تصــفى كافة عناصر التركة على وجه السرعة ويودع صافى ثمنها بالخزانة العامة لحساب التركة حتى يتقرر حق ذوى الشأن فيها أو تنتهى المدة المنصوص عليها بالمادة الثانية .

ويجوز بالنسبة إلى العناصر التى يقوم بشأنها نزاع جدى إرجاء تصفيتها إلى أن يتم الفصل نهائيا في هذا النزاع .

مادة ١٠- تعفى أموال التركات المنصوص عليها في المادة الأولى من جميع الضرائب والرسوم التى تستحق للحكومة ومجالس المحافظات والمدن والقرى .

ولايسرى هذا الإعفاء في شأن من تثبت لهم حقوق في هذه التركات .

مادة ١١- في حالة ظهور مستحق للتركة يخصم من نصيبه رسم قدره ١٠% من إجمالى الإيراد نظير أعمال الإدارة و ٥% من إجمالى الثمن نظير إجراءات التصفية كما يخصم منه سائر المصروفات الفعلية الأخرى.

مادة ١٢- يكون للرسوم المستحقة للخزانة العامة ونفقات الحصر والجرد والتقدير والإدارة والتصفية وأجور أهل الخبرة وغيرها من المصروفات التى تؤديها الخزانة حتى الامتياز في مرتبة المصروفات القضائية ويحتج بها على كل من استفاد من هذه الإجراءات .

مادة ١٣- يعاقب كل من يخالف أحكام المادة ٣ بغرامة لاتجاوز عشرة جنيهات كما يعاقب كل من أخفى بسوء نية مالا منقولا أو مستندات تتعلق بأموال التركة بالحبس مدة لاتجاوز سنة وبغرامة لاتجاوز ٥٠٠ جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين .

مادة ١٤- يلغى كل نص يخالف أحكام هذا القانون .

مادة ١٥- ينشر هذا القرار بقانون في الجريدة الرسمية ، ويصدر وزير الخزانة القرارات اللازمة لتنفيذه ،

صدر برياسة الجمهورية في ١٤ شوال سنة ١٣٨١

(٢٠ مارس سنة ١٩٦٢) .

علـــى أن : " تــؤول إلـــى الدولـــة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بالجمهوريـــة العربية المتحدة (جمهورية مصر العربية الآن) والتى يخلفها المتوفون من غير وارث أيا كانت جنسيتهم وذلك من تاريخ وفاتهم .

وتعـد الإدارة العامـــة لبيــت المال بوزارة الخزانة قوائم عن العقارات التى تتضمنها هذه التركات وتشهر بدون رسم " .

ولمــا للدولـــة مـــن سلطان على إقليمها فقد قضت هذه المادة بخضـــوع تركات الأجانب المقيمين وغير المقيمين لحكمها مادامت عناصرها تقع في داخل الإقليم [(١)].

وإذا ظهـــر وارث بعـــد ذلك ، أو أى شخص آخر له حق في التركة كدائن للمتوفى فله أن يرجع بحقه .

وفـــى حالة ظهور مستحق للتركة يخصم من نصيبه رسم قدره ١٠% مـــن إجمالى الإيراد نظير أعمال الإدارة و٥% من إجمالى الثمـــن نظير إجراءات التصفية كما يخصم منه سائر المصروفات الفعلية الأخرى (م ١١) .

ويكون للرسوم المستحقة للخزانة العامة ونفقات الحصر والجرد والـــتقدير والإدارة والتصـــفية وأجـــور أهـــل الخبرة وغيرها من

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ .

المصروفات التى تؤديهاالخزانة حق الامتيازفى مرتبة المصروفات القضائية ويحتج بها على كل من استفاد من هذه الإجراءات (م١٢).

وقد نصت المادة الثانية من القانون (معدلة بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧١) على أن :

"ينقضى كل حق يتعلق بالتركة ولو كان سبب الميراث بمضى ١٥ سنة تبدأ من تاريخ النشر المنصوص عليه في المادة الرابعة من هذا القانون ، ما لم يتخلل هذه المدة سبب من أسباب وقف التقادم أو انقطاعه . وذلك مع عدم الإخلال بأحكام القوانين التى تقضى بمدد تقادم أقل [١]".

---

(١) وهذه الفقرة مستبدلة بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧١ وكان نصها قبل التعديل الآتى :

" ينقضى كل حق يتعلق التركة ولو كان سببه الميراث بمضى ١٥ سنة تبدأ من تاريخ وفاة المورث أيا كان تاريخ علم ذوى الشأن بواقعة الوفاة ما لم تتخلل هذه المدة سبب من أسباب وقف التقادم ، إلا أنها عدلت إلى الوضع الراهن – على ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧١ – لأن هذه الصياغة قد يفهم منها أن التقادم بالنسبة لجميع الحقوق المتعلقة بالتركة ١٥ سنة – وحيث أنه يحتمل أن يوجد بعناصر التركة حقوق تسرى عليها أنواع أخرى من التقادم الأقل مدة لذلك رئى إضافة عبارة " وذلك مع عدم الإخلال بأحكام القوانين التى تقضى بمدد تقادم أقل " إلى الفقرة الأولى المذكورة .

وإذا كان التصرف قد تم في أصول التركة كلها أو بعضها قبل أن يتقرر حق ذوى الشأن فيها انتقل حقهم في هذه الأصول إلى صافى ثمنها .

وعلى كل من يثبت له حق في هذه التركة أن يؤدى كافة المصروفات والضرائب والرسوم المنصوص عليها في هذا القانون بنسبة النصيب الذى آل إليه .

ولاتبدأ مدة التقادم في شأن من تثبت لهم حقوق في هذه التركات بالنسبة للمصروفات والضرائب والرسوم التى يلتزمون بأدائها إلا من تاريخ ثبوت حقهم فيها " .

وقد نصت المادة الرابعة من القانون (المعدلة بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧١) على أنه :

" على الإدارة العامة لبيت المال أن تتخذ الإجراءات القانونية اللازمة للتحفظ على الأموال الظاهرة للمتوفى وأن تقوم على وجه الاستعجال بإجراء التحريات الإدارية للتثبت من صحة هذا البلاغ ، فإذا ظهر من هذه التحريات أن البلاغ غير صحيح ألغيت إجراءات التحفظ على التركة وإلا قامت بإجراء الحصر والجرد والتقييم ، فإذا تبين لها أن قيمة عناصر التركة تزيد على مائتى جنيه أصدرت بيانا باسم المتوفى من غير وارث ظاهر .

. ويجــب نشر هذا البيان مرة في صحيفة يومية واسعة الانتشار، وإذا زادت قيمة عناصر التركة عن خمسمائة جنيه يجب نشر البيان مرتيــن في صحيفتين يوميتين واسعتى الانتشار ، على أن تمضى بين النشرة الأولى والنشرة الثانية مدة لاتزيد عن خمسة-أيام " .

وواضح من نص الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون أن كل حق يتعلق بالتركة ولو كان سببه الميراث ينقضى بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ النشر المنصوص عليه في المادة الرابعة مغ عــدم الإخلال بأحكام القوانين التى تقضى بمدد تقادم أقل ، رغم أن المــادة (٣٧٥) مــن لائحــة ترتيــب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ونص المادة (٨) من قانون تنظــيم بعــض أوضــاع وإجراءات التقاضى في مسائل الأحوال الشخصــية الصادرة بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ الذى حل محل تلك اللائحة ، قد جريا على ألا تقبل دعوى الإرث عند الإنكار متى رفعت بعد مضى ثلاث وثلاثين سنة من وقت ثبوت الحق ، إلا إذا قام عذر حال دون ذلك . ومؤدى هذا أن دعوى الإرث لاتسقط إذا كانــت موجهــة لغــير الهيئة العامة لبنك ناصر – الذى نقل إليها اختصاص الإدارة العامة للتركات (بيت المال سابقا) كما سنرى – إلا بانقضــاء ثلاث وثلاثين سنة ، وتسقط إذا وجهت إلى هذه الهيئة بانقضاء خمسة عشر عاما ، وهى مفارقة تشكل تمييزا صارخا فى

إسباغ حماية غير متكافئة على الهيئة العامة لبنك ناصر ، لايحظى بها غيرها من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية .

وبتاريخ ١٣ أبريل سنة ٢٠٠٣ قضت المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٠١ لسنة ٢٢ ق "دستورية" بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة (٢) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة التى تتخلف عن المتوفين من غير وارث المعدل بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧١. وقد نشر الحكم بالجريدة الرسمية العدد ١٧ (تابع) في ٢٤ أبريل سنة ٢٠٠٣ [١].

---

(١) وننشر فيما يلى الحكم بأسبابه كاملة :

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم الأحد ١٣ أبريل سنة ٢٠٠٣م الموافق ١١ صفر سنة ١٤٢٤ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور / محمد فتحى نجيب ... رئيس المحكمة.

وعضوية السادة المستشارين : ماهر البحيرى وعدلى محمود منصور ومحمد عبد القادر عبد الله والدكتور / حنفى على جبالى ومحمد عبد العزيز الشناوى والسيد عبد المنعم حشيش.

وحضور السيد المستشار / نجيب جمال الدين علما .....

رئيس هيئة المفوضين .

وحضور السيد / ناصر إمام محمد حسن .... أمين السر

أصدرت الحكم الآتى :

فـــي القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٤٥ لسنة ٢٢ قضائية " دستورية ".

المقامة من :

ورثة المرحومة / هانم على أحمد الخادم .

ضـــــد :

١- السيد رئيس مجلس الوزراء .

٢- السيد وزير المالية .

٣- السيد رئيس بنك ناصر .

الإجـــراءات

بـتاريخ ٢٢/٢/٢٠٠٠، أودع المدعـــون صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة ، طالبين الحكم بعدم دستورية نصوص المواد (٢، ٤ ،١١) من قـــرار رئـــيس الجمهورية بالقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة التى تتخلف على المتوفين من غير وارث المعدل بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧١ .

وقدمـــت هيـــئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم أصليا بعدم قبول الدعوى . واحتياطيا برفضها .

وقدمـــت الهيـــئة العامة لبنك ناصر الاجتماعى مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصـــدار الحكـــم فيها بجلسة ٣/١١/٢٠٠٢ وصرحت للهيئة العامة لبنك ناصـــر الاجـــتماعى بتقديم مذكرة خلال أسبوعين . وخلال هذا الأجل تقدمـــت الهيـــئة المذكـــورة بمذكرة طلبت فيها الحكم أصليا بعدم قبول الدعـــوى، واحتياطيا برفضها ، فقررت المحكمة إعادة الدعوى للمرافعة

لجلسة ٢٠٠٢/١٢/١٥ للرد على الدفع المبدى من الهيئة وتقديم المستندات المؤيدة له ، وبالجلسة المذكورة تقدم المدعون بمذكرة ضمنوها ردهم على الدفع ، وأودعوا حافظة بالمستندات المؤيدة له ، فقررت المحكمة تأجيل نظر الدعوى لجلسة ٢٠٠٣/٢/١٦، وفيها قررت إصدار الحكم بجلسة اليوم .

المحكمة :

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة .

حيث إن الوقائع – على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق – تتحصل في أن السيدة / هانم على أحد الخادم كانت قد توفيت بتاريخ ١٩٦٣/٥/٢٧ ، مخلفة وراءها تركة عقارات ومنقولات وإيداعات نقدية لدى البنوك . وإذ لم يظهر لها وارث شرعى آنذاك ، فقد اعتبرت تركتها شاغرة ، وآلت أعيانها إلى الدولة ممثلة في الإدارة العامة لبيت المال بوزارة الخزانة والتى ضمت بقرار رئيس الجمهورية رقم ٢٩٣٧ لسنة ١٩٧١ إلى الهيئة العامة لبنك ناصر الاجتماعى . وبتاريخ ١٩٩٤/٤/٢٦ أقام السيد / يوسف حسن الخادم والسيدة / منى حسن الخادم الدعوى رقم ٦٢٨٥ لسنة ١٩٩٤ مدنى كلى أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية ضد بنك ناصر الاجتماعى ووزير المالية طالبين تسليمهما أصول تركة المرحومة / هانم على أحمد الخادم من عقارات وأموال والريع المستحق عنها ، باعتبار أنهما وارثان شرعيان لها ، إذ أن والدهما المرحوم حسن محمد أحمد الخادم الذى توفى في ١٩٦٧/٨/٢١ كان ابن عم لها ووارثها الشرعى الوحيد ، ومن ثم لزم أن تؤول التركة كلها إليه ومن بعده لهما لكونهما الوارثين له طبقاً لإعلام الوراثة رقم ٣٨٢ لسنة ١٩٨٨ الصادر عن محكمة عابدين الكلية للأحوال الشخصية بتاريخ ١٩٨٨/١١/٢٢ .
ومن جهة أخرى كان المدعون – في الدعوى الماثلة – وغيرهم ، قد أقاموا الدعوى رقم ١٠٣٦٤ لسنة ١٩٩٤ مدنى كلى أمام محكمة جنوب

القاهـرة الابتدائية طلباً للحكم بأحقيتهم لتركة مورثتهم المرحومة / هانم علـى أحمـد الخادم واستردادها من بنك ناصر الاجتماعى باعتبار أنهم وحدهـم الورثة الشرعيون لها . وبعد تداول الدعويين أمام تلك المحكمة قـررت بجلسة ١٩٩٥/١/٣١ ضمهما لنظرهما معاً للارتباط . وبجلسة ١٩٩٩/١٢/٢ دفع الحاضر عن المدعين فى الدعوى رقم ١٠٣٦٤ لسنة ١٩٩٤ بعدم دستورية نص المادتين (٢و٤) من قرار رئيس الجمهورية بالقـانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة المعدل بالقانون رقـم ٣١ لسنة ١٩٧١ ، فقـررت المحكمة تأجيل نظر الدعوى لجلسة ٢٠٠٠/٢/١٤ لاتخـاذ إجراءات الطعن بعدم الدستورية ، فأقام المدعون الدعوى الماثلة .

وحيث إن هيئة قضايا الدولة والهيئة العامة لبنك ناصر الاجتماعى دفعتا بعـدم قـبول هـذه الدعـوى لانعدام شرطى المصلحة والصفة بالنسبة للمدعين، ذلك أن النزاع الدائر بينهم وبين غيرهم ممن يدعون أنهم ورثة السـيدة / هانم علي أحمد الخادم وحدهم دون سواهم لم يحسم بعد بحكم نهائى يحدد حصراً ورثة المتوفاة الذين لهم حق المطالبة بتركتها ، ومن ثـم فلا يكون لهم الحق في أن يدفعوا بعدم دستورية النصوص القانونية التى تحول دون استحقاقهم لهذه التركة .

وحيث إن هذا الدفع مردود ، ذلك أن البين من حافظة المستندات المقدمة مـن المدعيـن بجلسـة ٢٠٠٢/١٢/١٥ أنها حوت صورة رسمية من الإعلام الشرعى رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٩٤ الصادر من محكمة بندر الجيزة للأحـوال الشخصية المتضمن أنه تحقق للمحكمة وفاة المرحومة / هانم علـى أحمـد الخادم بتاريخ ١٩٦٣/٥/٢٧ وانحصار إرثها الشرعى في أولاد بنـت عمها زينب عيسوى أحمد الخادم وهم محمد وإبراهيم وهانم ودولـت وإحسان أولاد عبد الرحمن الصباحى ويستحقون جميع تركتها لأنهـم مـن ذوى الأرحـام للذكر مثل حظ الأنثيين وذلك بعد استخراج

نصـــيب أصحاب الوصية الواجبة إذ كان للمتوفاة بنت تدعى سنية عبد الرحمـــن الصباحى التى توفيت قبل والدتها زينب عيسوى أحمد الخادم بـــتاريخ ١٩٤٣/١٠/١٩ وتركـــت من تستحق وصية واجبة وهى ابنتها سهير حامد عبد الرحمن الصباحى وتستحق نصيب والدتها لو كانت على قيد الحياة في حدود الثلث فقط إذ كان ذلك وكان المدعون من ورثة من صـــدر لصالحهم الإعلام الشرعى رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٩٤ المشار إليه ، وكان هذا الإعلام حجة على ما أثبته ما لم يصدرحكم نهائى على خلافه، وإذ لـــم يصـــدر مثل هذا الحكم حتى الآن ، فإنه يكون للمدعين باعتبار أنهـــم الورثـــة الظاهـــرون للمرحومة هانم على أحمد الخادم الحق في المطالـــبة بأعـــيان تركتها ، وتكون لهم من ثم مصلحة في الطعن بعدم دســـتورية النصوص القانونية التى تحول دون الحكم لهم باسترداد تلك الأعيان .

وحيث إنه لما كان الدفع المبدى من المدعين أمام محكمة الموضوع بعدم الدســـتورية قد انصب على المادتين (٢، ٤) من قرار رئيس الجمهورية بالقـــانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة المعدل بالقانون رقـــم ٣١ لسنة ١٩٧١ ، وقد قدرت تلك المحكمة جدية الدفع وصرحت بإقامة الدعوى الدستورية طعناً على هاتين المادتين وحدهما ، فإن إضافة المدعيـــن في دعواهم الدستورية، الطعن على نص المادة (١١) من ذات القـــانون يـــنحل طعـــناً مباشـــراً بعدم دستورية النص الأخير ، اتصل بالمحكمة الدستورية العليا بالمخالفة للأوضاع المقررة وفقاً لحكم المـــادة (٢٩) مـــن قانونهـــا بما يوجب الحكم بعدم قبول الدعوى في هذا الشق منها.

وحيث إن المادة (٢) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة التى تتخلف عن المتوفين من غير وارث معـــدلاً بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧١ تنص على أن " ينقضى كل حق

يتعلق بالتركة ولو كان سببه الميراث بمضى ١٥ سنة تبدأ من تاريخ النشر المنصوص عليه في المادة الرابعة من هذا القانون ما لم يتخلل هذه المدة سبب من أسباب وقف التقادم أو انقطاعه وذلك مع عدم الإخلال بأحكام القوانين التى تقضى بمدد تقادم أقل .

وإذا كان التصرف قد تم في أصول التركة كلها أو بعضها قبل أن يتقرر حق ذوى الشأن فيها انتقل حقهم في هذه الأصول إلى صافى ثمنها .

وعلى كل من يثبت له حق في هذه التركة أن يؤدى كافة المصروفات والضرائب والرسوم المنصوص عليها في هذا القانون بنسبة النصيب الذى آل إليه .

ولاتبدأ مدة التقادم في شأن من تثبت لهم حقوق في هذه التركات بالنسبة للمصروفات والضرائب والرسوم التى يلتزمون أدائها إلا من تاريخ ثبوت حقهم فيها .

وتنص المادة (٤) من ذات القانون على أن على الإدارة العامة لبيت المال أن تتخذ الإجراءات القانونية اللازمة للتحفظ على الأموال الظاهرة للمتوفى وأن تقوم على وجه الاستعجال بإجراء التحريات الإدارية للتثبت من صحة هذا البلاغ ، فإذا ظهر من هذه التحريات أن البلاغ غير صحيح ألغيت إجراءات التحفظ على التركة وإلا قامت بإجراء الحصر والجرد والتقييم ، فإذا تبين لها أن قيمة عناصر التركة تزيد على مائتى جنيه أصدرت بيانا باسم المتوفى من غير وارث ظاهر .

ويجب نشر هذا البيان مرة في صحيفة يومية واسعة الانتشار ، وإذا زادت قيمة عناصر التركة عن خمسمائة جنيه يجب نشر البيان مرتين في صحيفتين يوميتين واسعتى الانتشار على أن تمضى بين النشرة الأولى والنشرة الثانية مدة لاتزيد عن خمسة أيام .

وحيث إنه من المقرر- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أنه يشترط لقبول الدعوى الدستورية توافر المصلحة فيها ، ومناط ذلك أن

يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وأن يكون من شأن الحكم في المسألة الدستورية أن يؤثر فيما أبدى من طلــبات في دعوى الموضوع إذا كان ذلك ، وكان المدعون في الدعوى الموضوعية يطلبون الحكم بأحقيتهم في تركة مورثتهم ، واسترداد أعيان هــذه الــتركة من بنك ناصر الاجتماعى ، وكان نص الفقرة الأولى من المــادة (٢) مــن قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ معدلــة بالقــانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧١ بما تضمنه من انقضاء كل حق يــتعلق بالتركة ولو كان سببه الميراث بمضى خمسة عشر عاماً يحول دون الحكــم لهــم بطلباتهم ، فإن الفصل في دستورية هذا النص وحده يكــون لازمــاً للفصل في الدعوى الموضوعية وبه وحده يتحقق نطاق الدعــوى الدســتورية ولايمــتد إلى ما عدا ذلك من أحكام شملها النص الطعيــن كمــا لايمتد هذا النطاق ليشمل نص المادة الرابعة من القانون المذكــور إذ تنصــب أحكامها على تنظيم الإجراءات القانونية اللازمة للــتحفظ علــى التركات الشاغرة وإجراءات النشر عنها ، ومن ثم فإنها لاتلحق بالمدعين ضرراً ، بل إن اتخاذها من قبل الجهة المنوط بها حفظ هذه التركات من شأنه تحقيق مصلحتهم ، ومصلحة كل مستحق في تركة يظن أنها شاغرة.

وحيث إن المدعين ينعون على النص الطعين – محددا نطاقا على النحو المتقدم – مخالفته لنص المادة الثانية من الدستور والتى تقضى بأن تكون مــبادئ الشــريعة الإســلامية المصدر الرئيسى للتشريع وذلك لمخالفته قواعــد الإرث وانــتقاله إلى الورثة الشرعيين وعدم سقوط حق الإرث بمضــى المدة ، فضلاً عن مخالفته لحكم المادة (٣٤) من الدستور التى تصون الملكية الخاصة ، وتكفل حق الإرث فيها .

وحيث إن النعى بمخالفة النص الطعين للمادة الثانية من الدستور مردود بأن حكم هذه المادة ، وبعد التعديل الدستورى الذى أدخل عليها في ٢٢

مايو سنة ١٩٨٠ ، يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، على أن الدستور – واعتباراً من تاريخ العمل بهذا التعديل قد أتى بقيد على السلطة التشريعية مؤداه إلزامها فيما تقره من النصوص التشريعية بأن تكون غير مناقضة لمبادئ الشريعة الإسلامية بعد أن اعتبرها الدستور أصلا يتعين أن ترد إليه هذه النصوص أو تستمد منه لضمان توافقها مع مقتضاه ، وكان من المقرر أن كل مصدر ترد إليه النصوص التشريعية أو تكون نابعة منه ، يتعين بالضرورة أن يكون سابقا في وجوده على هذه النصوص ذاتها ، إذ أن مرجعية مبادئ الشريعة الإسلامية التى أقامها الدستور من معايير قياس الشرعية الدستورية تفترض لزوماً أن تكون النصوص التشريعية المدعى إخلالها بتلك المبادئ – وتراقبها فيه هذه المحكمة- صادرة بعد نشر قيد المادة الثانية من الدستور التى تقاس على مقتضاه ، ولما كان هذا القيد هو مناط الرقابة التى تباشرها هذه المحكمة على دستورية القوانين واللوائح ، فإن النصوص التشريعية الصادرة قبل نفاذه ، تظل بمنأى عن الخضوع لأحكامه . إذ كان ذلك وكان النص الطعين صادرا قبل نفاذ التعديل الذى أدخل علىنص المادة الثانية من الدستور في ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ ولم يلحقه أى تعديل بعد ذلك التاريخ ، فإن النعى بمخالفته حكمها يكون غير سديد .

وحيث إنه عن النعى بمخالفة النص الطعين لحكم المادة (٣٤) من الدستور ، فإنه نعى صحيح ، ذلك أن نصها إذ يجرى على أن "الملكية الخاصة مصونة، ولايجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائى ، ولاتنتزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقاً للقانون . وحق الإرث فيها مكفول " ، فإن مؤدى ذلك أن الدستور حرص على صون الملكية الخاصة ، وكفالة حمايتها ، على قاعدة من تراث فقهى وقضائى بلغ غايته في الدقة العلمية لتحديد طبيعة

حق الملكية ، وللخصائص الجوهرية التى يختص بها وتشكل ذاتيته التى يستقل بها عن سائر الحقوق ، ولم يجز الخروج على هذا الأصل العام صوناً وحماية لهذا الحق إلا استثناء ، وفى حدود تقدر بقدرها ، إذ كان ذلك وكانت طبيعة حق الملكية وقوامه القانونى الدقيق ، أنه حق دائم ، لايزول بعدم الاستعمال ولاتنقضى دعوى المطالبة به مهما طال الزمن عليها ، ما لم يكن غير المالك الأصلى قد كسب حقا على المال وفقاً لأحكام القانون ، فإن النص الطعين إذ جاوز ذلك كله وأسقط الحق في ملكية أعيان التركة ، كما أسقط الحق في الميراث ، والحق في الدعوى الناشئة عنهما ، كأثر لانقضاء خمسة عشر عاماً على تاريخ نشر بيان باسم المتوفى من غير وارث ظاهر - على النحو المشار إليه في المادة (٤) من القانون الطعين- فإنه يكون قد نال من حق الملكية في جوهر ما يختص به من خصائص وخرج به عن طبيعته الدائمة، فصار بذلك عدواناً على هذا الحق ، بما يقع مخالفاً لنص المادة (٣٤) من الدستور.

وحيث إن النص الطعين أيضا، قد أخل بالحماية القانونية المتكافئة المنصوص عليها في المادة ٤٠ من الدستور ذلك أنه فضلا عن إسقاطه الحق في الملكية على نحو ما تقدم ، فإنه إذ جعل انقضاء خمسة عشر عاماً على تاريخ النشر المبين سلفاً سبباً لانقضاء كل حق يتعلق بالتركة، فإن هذه المدة تغدو هى المدة التى تسقط بها دعوى الإرث عندما تكون أعيان التركة تحت يد الهيئة العامة لبنك ناصر، وإذ كان نص المادة (٣٧٥) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ونص المادة (٨) من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم

١ لسنة ٢٠٠٠ الذى حل محل تلك اللائحة ، قد جريا بحكم واحد هو ألا تقبل دعوى الإرث عند الإنكار متى رفعت بعد مضى ثلاث وثلاثين سنة مــن وقت ثبوت الحق ، إلا إذا قام عذر حال دون ذلك ، فإن مؤدى هذا أن دعوى الإرث لاتسقط إذا كانت موجهة لغير الهيئة العامة لبنك ناصر إلا بانقضــاء ثلاثة وثلاثين عاما وتسقط إذا وجهت لهذه الهيئة بانقضاء خمسة عشر عاماً . وهى مفارقة تشكل تمييزا صارخاً في إسباغ حماية غــير متكافــئة على الهيئة العامة لبنك ناصر، لايحظى بها غيرها من الأشــخاص الطبيعية أو الاعتبارية ، أكثر من ذلك ، فإن أثر النص فيما قــرره مــن انقضاء كل حق يتعلق بالتركة بانقضاء الخمسة عشر عاماً المشــار إلــيها ، هو صيرورة أعيان التركة مملوكة للهيئة العامة لبنك ناصــر ، ملكــية تــلازم زمنياً لحظة إسقاط حق الورثة في ملكية هذه الأعــيان بمــا مــؤداه أن يد الهيئة العامة لبنك ناصر تظل حائزة لهذه الأعيان حيازة عارضة دعامتها أنها أمين عليها طوال مدة خمسة عشر عامــاً ، وحــتى يظهــر ملاكها من الورثة ، فإذا اكتملت هذه المدة ولم يظهــر ورثة فإن النص الطعين يسقط عنهم ملكهم ولو ظهروا بعد ذلك بيوم واحد ، وينقل هذه الملكية في ذات الوقت للهيئة العامة لبنك ناصر بحيــث إنهــا تكسب مالاً مملوكاً للغير لتقادم مدته الزمنية هى العدم ، وحتى لو استقام فرضاً أو جاز تجاوزاً ، اعتبار مدة الخمسة عشر عاماً الــتى كانت فيها حائزة لأعيان التركة حيازة عارضة ، هى مدة تقادم ، فإن كسبها لملكية أعيان التركة استناداً لهذا الفرض ؛ يغدو تمييزاً لها في كســب الملكية بطريق التقادم عن غيرها من أشخاص ، إذ يجرى حكم الفقرة الأولى من المادة (٩٧٠) من القانون المدنى ، على أنه في جميع

وبناء على هذا الحكم يضحى نص الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون منعدما ، ويكون نص المادة الثانية من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ سالف الذكر هو الذى يسرى في حالة المطالبة بالحق في التركة على أساس الإرث ، وقد رأينا أنها

الأحوال لاتكسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاثاً وثلاثين سنة بما مؤداه أن النص الطعين ، وسواء في حكمه الواقعى بتقريره كسب هيئة بنك ناصر لملكية أعيان التركة بتقادم مدته العدم، أو في الفرض الجدلى بأن مدة الحيازة العارضة لهذه الأموال والبالغة خمسة عشر عاماً هي مدة تقادم – ودون حاجة للخوض في طبيعتى الحيازة – يكون قد اصطنع تمييزا بين الهيئة العامة لبنك ناصر وغيرها من أشخاص طبيعية واعتبارية لايجوز لها تملك حقوق الإرث إلا بحيازة تدوم ثلاثاً وثلاثين سنة، وهو تمييز يخالف حكم المادة (٤٠) من الدستور، بما يغدو معه النص الطعين واقعاً في حمأة المخالفة الدستورية بتعارضه مع نصى المادتين (٣٤ و ٤٠) من الدستور وهو مايوجب القضاء بعدم دستوريته .

فلهذه الأسباب :

حكمت المحكمة بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة (٢) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة التى تتخلف عن المتوفين من غير وارث المعدل بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧١ ، وألزمت الحكومة المصروفات ، ومبلغ مائتى جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

أمين السر | رئيس المحكمة

تقضـــى بألا تقبل دعوى الإرث عند الإنكار متى رفعت بعد مضى ثلاث وثلاثين سنة من وقت ثبوت الحق ، إلا إذا قام عذر حال دون ذلك .

وبعد أن صدر القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧١ بإنشاء بنك ناصر الاجتماعى ، صدر القرار الجمهورى رقم ٢٩٣٧ لسنة ١٩٧١ لنقل الإدارة العامـــة للـــتركات (بيـــت المال سابقا) من وزارة المالية وضمها إلى بنك ناصر الاجتماعى وأصبح البنك المذكور هو الذى تـــؤول إلـــيه عـــن الدولة ملكية التركات الشاغرة التى تتخلف عن المتوفين من غير وارث ، ويمثلها أمام القضاء في الدعاوى المتعلقة بهـــذه الـــتركات الشاغرة والكائنة بجمهورية مصر العربية والتى يخلفها المتوفون من غير وارث ، أيا كانت جنسيتهم [١].

٣٢٦ـ الأشياء الأثرية :

تـــنص المـــادة ٨٧٣ على أن الحق في الأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة[٢] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنـه :

" وهـــناك لوائح تنظم حالات خاصة من المنقول السائبة كلوائح الصيد واللقطة والأشياء الأثرية وما إلى ذلك " .

---

(١) السنهورى ص ٥٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٩٤ .

ويــنظم الآثار الآن القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٨٣ [١] (المعدل لقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩١) [٢] بإصدار قانون الآثار .

---

٣) الجريدة الرسمية العدد ٣٢ (تابع) في ١٩٨٣/٨/١١ .

٤) الجــريدة الرســمية العدد (٢٠) في ١٩٩١/٥/١٦- والقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٨٣ قد حل محل القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ ، وكان القانون الأخير قد حل محل القانونين رقمى ١٤ لسنة ١٩١٢ لحماية الآثار ، ٨ لســنة ١٩١٨ (لحماية آثار العصر العربى) – كما سنرى أن المادتين ٤١، ٤٢ عدلتا بالقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣ .

وقــد جـاء بالمذكـرة الإيضاحية للقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٨٣ عن مبررات إصداره ما يأتى :

" منذ اكتشاف حجر رشيد وحل رموز اللغة المصرية القديمة في العهود الأولــى للقــرن التاسع عشر ومع تتابع الاكتشافات العظيمة خاصة في الأقصر وأبيدوس وتل العمارنة وسقارة وأسوان وغيرها مع المواقع في أرجاء البلاد بدأ الاهتمام بالآثار المصرية وضرورة العمل على حمايتها وهــو مــا دعى إلى التفكير في إنشاء مصلحة وطنية تقوم على شئونها ومــتاحف تضم الآثار المنقولة بعد أن كانت هذه الأخيرة نهبا مباحا من رسل ورعايا الدول الأجنبية يغترفون منها ما شاءوا وينقلونه إلى خارج الــبلاد وقد استلزم هذا الوضع استصدار القواعد التشريعية التى عيناها تكفــل جانبا من الحماية لهذه الآثار إلا أن تدخل المشرع آنذاك وإن كان قــد تــناول حماية الأراضى والعقارات والمنقولات الأثرية إلا أنه كان جزئــيا واتسم بالقصور بيد أنه على الرغم من ذلك فقد كان هذا الاتجاه

التشـــريعى بمـــثابة انعكاس لبلاء تبلور قضية الاهتمام بالآثار الوطنية ومؤشـــرا للاتجـــاه نحو حمايتها والحفاظ عليها ومبشرا باتخاذ خطوات تشريعية أكثر فاعلية وتطور في هذا المجال وهو ما تحقق بصدور أول تشـــريع عام وطنى ينظم الحماية لمختلف الآثار ونتائج الحضارات في الـــبلاد والـــذى تضمن تحديدا لها ونظاما لتسجيلها وتنظيما لتداولها في الأحـــوال المصرح فيها بذلك وهو التشريع القائم حتى الآن غير أنه منذ بدء العمل به وحتى الوقت الراهن حدثت العديد من المتغيرات لها أثرها الواضح في تحديد الكثير من المفاهيم والحقائق الأثرية ويرتد السبب في ذلك إلى نمو وتقدم الوعى الأثرى على الوجه الذى أصبحت معه قضية الاهتمام بالآثار وبذل جميع السبل الكفيلة بحمايتها تشغل بال الجميع سواء المتصـــلين بشـــئون الأفكـــار المنادية لتدعيم الحماية المطلوبة وتزويد فاعليـــتها وهـــو الأمر الذى استلزم استبدال تشريع جديد لحماية الآثار بالتشريع القائم ذلك أن توفير الحماية المطلوبة لايأتى في ظل هذا الأخير الـــذى عجزت أحكامه عن مواكبة التطور في هذا المضمار بل وأصبح من شأن الإبقاء عليها إلحاق أضرار بليغة بالثروة القومية وهو ما حدث بـــالفعل مما أدى إلى ضرورة المبادرة إلى التدخل التشريع المرتقب... فالتشـــريع القائم الاتجار في الآثار أنها تشكل خطرا داهما بإباحته على هـــذه الـــثروة القومـــية والتى يفترض فيها بحسب الأصل أنه لا مجال لتقديرها بمال كما وأنه بإباحته الملكية الخاصة بالآثار دون تقيد كافى لها من شأنه ترتيب عديد من الأضرار التى قد تصنيب المجموعات الأثرية الخاصـــة فضلا عن حرمان جميع المواطنين من ثروة قومية . تتساوى

حقــوق ملاكها مع حقوق المواطنين تجاهها ويضاف إلى ذلك أن وجود القطـــع الأثرية سواء في حيازة التجار أو في حيازة الأفراد دون رقابة فعالة من جانب الدولة ودون إشراف كاف قد سهل تهريبها إلى الخارج وبالتالى أدى ذلك إلى ضياع ثروات قومية وحرمان الأجيال منها لاسبيل إلـــى تعويضــــها ، كما أن التنظيم الذى استنه لدور السلطة القائمة على شئون الآثار لم يعد يتلاءم والتطورات الحديثة في هذا المجال ولايمنحها الصلاحية التى تبين من توالى التطبيق ضرورة منحها لها وتزويدها بها وعلـــى عكس ما تقضى به مقتضيات التناسق التشريعى أدرجت بعض قواعـــد حماية الآثار في الأراضى الصحراوية والمحاجر في تشريعات أخـــرى ، ومما لا شك فيه أن أخطر ما يعوق توفير حماية الآثار على الـــنحو المطلـــوب إنمــــا يـــرجع إلى ما تضمنه هذا التشريع من فرض عقوبـــات يسيرة كجزاء لمخالفة حكامه وهى عقوبات في واقع الأمر لم يعـــد مـــن شأنها تحقيق الردع العام أو الخاص في هذا الصدد مما سهل خرق ما حواه من أوامر ونواه .

لكل ما تقدم يتضح جليا مسيس الحاجة إلى استصدار تشريع جديد يكفل سد نواحى القصور القائمة في التشريع القائم ووضع الحلول الملائمة لما كشف عنه التطبيق من ضرورة معالجته بأحكام متميزة ، وجمع القواعد القانونـــية فـــي تشريع موحد لحماية الآثار ، وإبراز وتدعيم دور الجهة القائمـــة على شئونها ، وتحقيقا لهذه الأغراض والأهداف المنشودة ، فقد أعد مشروع القانون المرافق مصنفا في أبواب أربعة متضمنة الآتى:

ونعـــرض لنصوص هذا القانون (معدلة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩١) فيما يلى :

قانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٨٣
(المعدل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩١)
بإصدار قانون حماية الآثار

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه وقد أصدرناه :

(المادة الأولى)

يعمل بأحكام القانون المرافق في شأن حماية الآثار .

(المادة الثانية)

يقصـــد بالهيئة في تطبيق أحكام هذا القانون هيئة الآثار المصرية ، كما يقصـــد باللجنة الدائمة اللجنة الدائمة المختصة بالآثار المصرية القديمة وآثـــار العصـــور البطلمـــية والرومانـــية ، أو اللجنة المختصة بالآثار الإســـلامية والقبطـــية ومجالس إدارات المتاحف بحسب الأحوال والتى يصدر بتشكيلها قرار من رئيس (الهيئة) .

(حـــل المجلـــس الأعلـــى للآثار محل هيئة الآثار المصرية في مباشرة اختصاصاتها أينما وردت بمقتضى قرار رئيس الجمهورية رقم ٨٢ لسنة ١٩٩٤) .

(المادة الثالثة)

للوزيـــر المخـــتص بشـــئون الثقافة إصدار القرارات اللازمة لتنفيذ هذا القانون .

(المادة الرابعة)

يلغى القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ لحماية الآثار ، كما يلغى كل نص يخالف أحكام هذا القانون .

(المادة الخامسة)

ينشـــر هـــذا القـــانون في الجريدة الرسمية ، ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره .

يبصم هذا القانون بخاتم الدولة ، وينفذ كقانون من قوانينها ،

صـــدر برئاسة الجمهورية في ٢٧ شـــوال سنـــة ١٤٠٣ (٦ أغسطس سنة ١٩٨٣) .

قانون حمايـــة الآثـار

الباب الأول

أحكام عامة

مـادة ١ـ يعتـــبر أثرا كل عقار أو منقول أنتجته الحضارات المختلفة أو أحدثته الفنون والعلوم والآداب والأديان من عصر ما قبل التاريخ وخلال العصور التاريخية المتعاقبة حتى ما قبل مائة عام متى كانت له قيمة أو أهمية أثرية أو تاريخية باعتباره مظهرا من مظاهر الحضارات المختلفة الـــتى قامـــت على أرض مصر أو كانت لها صلة تاريخية بها ، وكذلك رفات السلالات البشرية والكائنات المعاصرة لها .

مادة ٢ـ يجوز بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص بشئون الثقافة أن يعتبر أى عقار أو منقول ذا قيمة تاريخية أو علمية أو دينية أو فنية أو أدبية أثرا متى كانت للدولة مصلحة قومية في حفظه وصيانته وذلك دون التقيد بالحد الزمنى الوارد بالمادة السابقة ويتم تسجيله وفقا لأحكام هذا القانون وفى هذه الحالة يعد مالك الأثر مسئولا عن المحافظة عليه وعدم إحداث أى تغيير به ، وذلك من تاريخ إبلاغه بهذا القرار بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول.

مادة ٣ـ تعتبر أرضا أثرية الأراضى المملوكة للدولة التى اعتبرت أثرية بمقتضى قرارات أو أوامر سابقة على العمل بهذا القانون أو التى يصدر باعتبارها كذلك قرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص بشئون الثقافة . ويجوز بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص بشئون الثقافة إخراج أية أرض من عداد الأراضى الأثرية أو أراضى المنافع العامة للآثار إذا ثبت للهيئة خلوها من الآثار ، أو أصبحت خارج أراضى خط التجميل المعتمد للأثر .

مادة ٤ـ تعتبر مبان أثرية المبانى التى اعتبرت كذلك وسجلت بمقتضى قرارات أو أوامر سابقة .

وعلى كل شخص طبيعى أو معنوى يشغل بناء تاريخيا أو موقعا أثريا لم يتقرر نزع ملكيته أن يحافظ عليه من أى تلف أو نقصان .

مادة ٥ – المجلس الأعلى للآثار هو المختص بالإشراف على جميع ما يتعلق بشئون الآثار في متاحفها ومخازنها وفى المواقع والمناطق الأثرية والتاريخية ولو عثر عليها بطريق المصادفة .

وتتولى الهيئة الكشف عن الآثار الكائنة فوق سطح الأرض ، والتنقيب عما هو موجود منها تحت سطح الأرض وفى المياه الداخلية والمياه الإقليمية المصرية .

ويجوز لرئيس مجلس إدارة الهيئة بعد موافقة اللجنة الدائمة المختصة أن يرخص للهيئات العلمية المتخصصة الوطنية منها والأجنبية بالبحث عن الآثار والكشف عنها في مواقع معينة ولفترات محددة بترخيص خاص غير قابل للتنازل إلى الغير ، ولايمنح هذا الترخيص إلا بعد التحقق من توافر الكفاية العلمية والفنية والمالية والخبرة الأثرية العلمية في طالب الترخيص .

ويسرى الحكم المتقدم ولو كان البحث أو التنقيب في أرض مملوكة للجهة طالبة الترخيص .

مادة ٦ـ تعتبر جميع الآثار من الأموال العامة – عدا ما كان وقفا – ولايجوز تملكها أو حيازتها أو التصرف فيها إلا في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في هذا القانون والقرارات المنفذة له .

مادة ٧ـ اعتبارا من تاريخ العمل بهذا القانون يحظر الاتجار في الآثار ، ويمنح التجار الحاليون مهلة قدرها سنة لترتيب أوضاعهم وتصريف الآثار الموجودة لديهم ويعتبرون بالنسبة لما يتبقى لديهم من آثار بعد هذه المدة في حكم الحائزين وتسرى عليهم الأحكام المتعلقة بحيازة الآثار والمنصوص عليها في هذا القانون .

المـدة فـي حكم الحائزين وتسرى عليهم الأحكام المتعلقة بحيازة الآثار والمنصوص عليها في هذا القانون .

مادة ٨ ـ فـيما عـدا حالات التملك أو الحيازة القائمة وقت العمل بهذا القـانون أو الـتى تنشأ وفقا لأحكامه يحظر اعتبارا من تاريخ العمل به حيازة أى أثر .

وعلـى التجار والحائزين للآثار من غير التجار أن يخطروا الهيئة بما لديهـم مـن آثـار خلال ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون وأن يحافظوا عليها حتى تقوم الهيئة بتسجيلها طبقاً لأحكام هذا القانون .

ويعتـبر حائـزا بدون وجه حق ولايفيد من أحكام الحيازة المقررة بهذا القانون كل من لايخطر خلال المدة المشار إليها عما في حيازته من آثار لتسجيلها .

مادة ٩ـ يجوز لحائز الأثر التصرف فيه بأى نوع من أنواع التصرفات بعـد الحصـول على موافقة كتابية من الهيئة وفقا للإجراءات والقواعد الـتى يصـدر بها قرار من الوزير المختص بشئون الثقافة وبشرط ألا يترتب على التصرف إخراج الأثر خارج البلاد .

وتسرى على من تنتقل إليه ملكية أو حيازة الأثر وفقا لحكم هذه المادة أو بطريق الميراث أحكام الحيازة المبينة في هذا القانون .

وفـى جمـيع الأحـوال يكون للهيئة أولوية الحصول على الأثر محل التصـرف مقابل تعويض عادل، كما يحق للهيئة الحصول على ما تراه من آثار أو استرداد الآثار المنتزعة من عناصر معمارية الموجودة لدى التجار أو الحائزين مقابل تعويض عادل .

مادة ١٠ـ يجوز للهيئة تبادل بعض الآثار المنقولة المكررة مع الدول أو المتاحف أو المعاهد العلمية العربية أو الأجنبية وذلك بقرار من رئيس الجمهورية بناء على اقتراح الوزير المختص بشئون الثقافة .

ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية- تحقيقا للمصلحة العامة- ولمدة محددة عرض بعض الآثار في الخارج، ولايسرى هذا الحكم على الآثار التى يحددها مجلس إدارة المجلس الأعلى للآثار سواء لكونها من الآثار الفريدة أو التى يخشى عليها من التلف .

مادة ١١ـ للمجلس الأعلى للآثار حق قبول التنازل من قبل الهيئات والأفراد عن ملكية عقاراتهم التاريخية عن طريق الهبة أو البيع بثمن رمزى أو الوضع تحت تصرف الهيئة لأجل لايقل عن خمسين سنة ، متى كانت للدولة مصلحة قومية في ذلك .

مادة ١٢ـ يتم تسجيل الأثر بقرار من الوزير المختص بشئون الثقافة بناء على اقتراح مجلس إدارة المجلس الأعلى للآثار ويعلن القرار الصادر بتسجيل الأثر العقارى إلى مالكه أو المكلف باسمه بالطريق الإدارى وينشر في الوقائع المصرية ويؤشر بذلك على هامش تسجيل العقار في الشهر العقارى .

مادة ١٣ـ يترتب على تسجيل الأثر العقارى وإعلان المالك بذلك طبقا لأحكام المادة السابقة الأحكام الآتية :

١- عدم جواز هدم العقار كله أو بعضه أو إخراج جزء منه من جمهورية مصر العربية .

٢- عدم جواز نزع ملكية الأرض أو العقار ، أما الأراضى المتاخمة له فـيجوز نـزع ملكيتها بعد موافقة الوزير المختص بشئون الثقافة ، بناء على اقتراح المجلس الأعلى للآثار .

٣- عدم جواز ترتيب أى حق ارتفاق للغير على العقار .

٤- عدم جواز تجديد العقار أو تغيير معالمه على أى وجه إلا بترخيص مـن رئـيس الهيـئة بعد موافقة اللجنة الدائمة المختصة ويكون إجراء الأعمال التى رخص بها تحت الإشراف المباشر لمندوب الهيئة .

فإذا أجرى صاحب الشأن عملا من الأعمال بغير الترخيص المشار إليه قامت الهيئة بإعادة الحال إلى ما كانت عليه على نفقة المخالف مع عدم الإخـلال بالحق في التعويض وعدم الإخلال بالعقوبات المقررة في هذا القانون .

٥- الـتزام المـالك بالحصـول على موافقة كتابية من المجلس الأعلى للآثـار عـن كل تصرف يرد على العقار مع ذكر اسم المتصرف إليه ومحل إقامته ، وعليه عند التصرف فيه إبلاغ من حصل التصرف له أن العقار مسجل . وعلى المجلس الأعلى للآثار أن تبدى رأيها خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغها بطلب التصرف ويعتبر انقضاء هذا الميعاد بغير رد بمثابة قرار بالرفض .

٦- للمجلس الأعلى للآثار أن يباشر في أى وقت على نفقته ما يراه من الأعمـال لازمـا لصيانة الأثر وتظل هذه الأحكام سارية ولو أصبح ما بالعقار من أثر منقولا .

"قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٩٩٩/٥/٢ في القضية رقم ١٨٢ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" بعدم دستورية المادة ١٣ من قانون حماية الآثار الصادر بالقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٨٣ في مجال تطبيقها على الملكية الخاصة ، وذلك فيما لم تتضمنه من تعويض المالك عن اعتبار ملكه أثر" .

مادة ١٤ـ يجوز بقرار من الوزير المختص بشئون الثقافة بناء على اقتراح مجلس إدارة المجلس الأعلى للآثار وبعد أخذ رأى اللجنة الدائمة للآثار شطب تسجيل الأثر الثابت أو جزء منه ، وينشر قرار الشطب في الوقائع المصرية ويبلغ إلى الأفراد والجهات التى أبلغت من قبل بتسجيله ويثبت ذلك على هامش تسجيل الأثر بالمجلس الأعلى للآثار وعلى هامش تسجيل العقار في مصلحة الشهر العقارى .

مادة ١٥ـ لا يترتب على أى استغلال قائم من قبل الأفراد أو الهيئات لموقع أثرى أو أرض أو بناء ذى قيمة تاريخية أى حق في تملكه بالتقادم، ويحق للمجلس الأعلى للآثار كلما رأى ضرورة لذلك إخلاءها مقابل تعويض عادل .

مادة ١٦ـ للوزير المختص بشئون الثقافة بناء على اقتراح مجلس إدارة المجلس الأعلى للآثار – ومقابل تعويض عادل– ترتيب حقوق ارتفاق على العقارات المجاورة للمواقع الأثرية والمبانى التاريخية لضمان المحافظة على خصائصها الفنية أو مظهرها العام ويحدد القرار الصادر بذلك العقارات أو أجزاء العقارات التى يترتب عليها حق أو أكثر من

حقـوق الارتفاق ونطاق هذا الحق والقيود التى ترد على حق المالك أو الحائز تبعا لذلك .

مادة ١٧ – مع عدم الإخلال بالعقوبات المنصوص عليها في هذا القانون أو غـيره من القوانين يجوز لرئيس مجلس إدارة المجلس الأعلى للآثار بـناء على قرار من اللجنة الدائمة للآثار ودون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء أن يقرر إزالة أى تعد على موقع أثرى أو عقار أثرى بالطريق الإدارى وتـتولى شـرطة الآثـار المختصة تنفيذ قرار الإزالة ، ويلزم المخـالف بإعـادة الوضع إلى ما كان عليه ، وإلا جاز للمجلس الأعلى للآثار أن يقوم بتنفيذ ذلك على نفقته .

مادة ١٨ـ يجـوز نزع ملكية الأراضى المملوكة للأفراد لأهميتها الأثرية كما يجوز بقرار من رئيس الجمهورية الاستيلاء عليها مؤقتا إلى أن تتم إجـراءات نـزع الملكـية وتعتـبر الأرض في حكم الآثار من تاريخ الاستيلاء المؤقت عليها ولايدخل في تقدير التعويض احتمال وجود آثار في الأرض المنزوعة ملكيتها .

مادة ١٩ـ يجوزللوزيـر المخـتص بشئون الثقافة بناء على طلب مجلس إدارة المجلس الأعلى للآثار إصدار قرار بتحديد خطوط التجميل للآثار العامـة والمناطق الأثرية ، وتعتبر الأراضى الواقعة داخل تلك الخطوط أرضا أثرية تسرى عليها أحكام هذا القانون .

مادة ٢٠ـ لايجوز منح رخص للبناء في الموقع أو الأراضى الأثرية.

ويحظر على الغير إقامة منشآت أو مدافن أو شق قنوات أو إعداد طرق أو الزراعة فيها أو في المنافع العامة للآثار أو الأراضى الداخلة ضمن خطوط التجميل المعتمدة .
كما لايجوز غرس أشجار بها أو قطعها أو رفع أنقاض منها أو أخذ أتربة أو أسمدة أو رمال أو إجراء غير ذلك من الأعمال التى يترتب عليها تغيير في معالم هذه المواقع والأراضى إلا بترخيص من المجلس الأعلى للآثار وتحت إشرافها .
ويسرى حكم الفقرة السابقة على الأراضى المتاخمة التى تقع خارج نطاق المواقع المشار إليها في الفقرة السابقة والتى تمتد حتى مسافة ثلاثة كيلو مترات في المناطق المأهولة أو لمسافة يحددها المجلس الأعلى للآثار بما يحقق حماية بيئة الأثر في غيرها من المناطق .
ويجوز بقرار من الوزير المختص بشئون الثقافة تطبيق أحكام هذه المادة على الأراضى التى يتبين المجلس الأعلى للآثار بناء على الدراسات التى يجريها احتمال وجود آثار في باطنها ، كما يسرى حكم هذه المادة على الأراضى الصحراوية وعلى المناطق المرخص بعمل محاجر فيها.
مادة ٢١- يتعين أن تراعى مواقع الآثار والأراضى الأثرية والمبانى والمواقع ذات الأهمية التاريخية عند تغيير تخطيط المدن والأحياء والقرى التى توجد بها ولايجوز تنفيذ التخطيط المستحدث أو التوسع أو التعديل في المناطق الأثرية والتاريخية وفى زمامها إلا بعد موافقة المجلس الأعلى للآثار كتابة على ذلك مع مراعاة حقوق الارتفاق التى يرتبها المجلس الأعلى للآثار.
وعلى المجلس الأعلى للآثار أن يبدى رأيه خلال ثلاثة أشهر من تاريخ العرض عليه فإذا لم يبد رأيه خلال هذه المدة جاز عرض الأمر على الوزير المختص بشئون الثقافة ليصدر قرارا في هذا الشأن .

مادة ٢٢ـ للجهـــة المختصة – بعد أخذ موافقة المجلس الأعلى للآثار – الترخـيص بالبــناء فى الأماكن المتاخمة للمواقع الأثرية داخل المناطق المأهولة .

وعلـــى الجهة المختصة أن تضمن الترخيص الشروط التى ترى الهيئة أنهـا تكفــل إقامـــة المبنى على وجه ملائم لايطغى على الأثر أو يفسد مظهـــره ويضمن له حرما مناسبا مع مراعاة المحيط الأثرى والتاريخى والمواصفات التى تضمن حمايته . وعلى المجلس الأعلى للآثار أن يبدى رأيـــه فـــي طلب الترخيص خلال ستين يوما من تاريخ تقديمه إليه وإلا اعتبر فوات هذه المدة قرارا بالرفض .

مادة ٢٣ـ علـــى كل شخص يعثر على أثر عقارى غير مسجل أن يبلغ المجلــس الأعلى للآثار به . ويعتبر الأثر ملكا للدولة . وعلى المجلس الأعلـــى للآثـــار أن يتخذ الإجراءات اللازمة للمحافظة عليه وله خلال ثلاثـــة أشـــهر إمـــا رفع هذا الأثر الموجود في ملك الأفراد ، أو اتخاذ الإجـــراءات لـــنزع ملكية الأرض التى وجد فيها أو إبقائه في مكانه مع تســـجيله طـــبقا لأحكـــام هـــذا القانون ولايدخل في تقدير قيمة الأرض المنزوع ملكيتها قيمة ما بها من آثار .

وللمجلـــس الأعلـــى للآثار أن يمنح من أرشد عن الأثر مكافأة تحددها اللجنة الدائمة المختصة إذا رأت أن هذا الأثر ذو أهمية خاصة .

مادة ٢٤ـ على كل من يعثر مصادفة على أثر منقول أو يعثر على جزء أو أجـــزاء من أثر ثابت فيما يتواجد به من مكان أن يخطر بذلك أقرب ســـلطة إداريـــة خلال ثمان وأربعين ساعة من العثور عليه وأن يحافظ

عليه حتى تتسلمه السلطة المختصة وإلا اعتبر حائزا لأثر بدون ترخيص، وعلى السلطة المذكورة إخطار المجلس الأعلى للآثار بذلك فورا .

ويصبح الأثر ملكا للدولة وللمجلس الأعلى للآثار إذا قدر أهمية الأثر أن يمنح من عثر عليه وأبلغ عنه مكافأة تحددها اللجنة الدائمة المختصة .

مادة ٢٥- يتولى تقدير التعويض المنصوص عليه في المواد ٧، ١٣ ،١٤، ١٦ ، لجنة تشكل بقرار من الوزير المختص بشئون الثقافة ويمثل فيها مجلس الإدارة ويجوز لذوى الشأن التظلم من تقدير اللجنة إلى الوزير المختص خلال ستين يوما من تاريخ إبلاغهم بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول وإلا أصبح التقدير نهائيا .

وفى جميع الأحوال تسقط دعوى التعويض إذا لم ترفع الدعوى خلال سنة من تاريخ صيرورة التقدير نهائيا .

الباب الثانى

تسجيل الآثار وصيانتها والكشف عنها

مادة ٢٦- يتولى المجلس الأعلى للآثار حصر الآثار الثابتة والمنقولة وتصويرها ورسمها وتسجيلها وتجميع البيانات المتعلقة بها في السجلات المعدة لذلك ويتم التسجيل طبقاً للأحكام والشروط التى يصدر بها قرار من مجلس إدارة المجلس الأعلى للآثار ، ويعتبر مسجلا منها الآثار المقيدة في تاريخ العمل بهذا القانون بالسجلات المخصصة لها .

ويعمل المجلس على تعميم المسح الأثرى للمواقع والأراضى الأثرية وتحديد مواضعها ومعالمها وإثباتها على الخرائط مع موافاة كل من الوحدة المحلية المختصة والهيئة العامة للتخطيط العمرانى بصورة منها لمراعاتها عند إعداد التخطيط العام .

ويعد المجلس تسجيلا للبيانات البيئية والعمرانية والعوامل المؤثرة في كل موقع أثرى تبعا لأهميته .

مادة ٢٧- يتولى المجلس الأعلى للآثار إعداد المعالم والمواقع الأثرية والمباني التاريخية المسجلة للزيارة والدراسة بما لايتنافى مع تأمينها وصيانتها ، وتعمل على إظهار خصائصها ومميزاتها الفنية والتاريخية. كما يستخدم المجلس إمكانيات المواقع والمتاحف الأثرية في تنمية الوعى الأثرى بكل الوسائل .

مادة ٢٨- تحفظ الآثار المنقولة ، وما تتطلب الاعتبارات الموضوعية نقله من الآثار المعمارية وتوضع في متاحف المجلس الأعلى للآثار ، ويتولى المجلس تنظيم العرض فيها وإدارتها بالأساليب العلمية ، وصيانة محتوياتها ومباشرة وسائل الحماية والأمن الضرورية لها ، وإقامة معارض داخلية مؤقتة تتبعها .

وللمجلس أن يعهد للجامعات المصرية بتنظيم وإدارة المتاحف الكائنة بها، وبكلياتها مع ضمان تسجيلها وتأمينها .

وتعتبر متاحف ومخازن الآثار في كل هذه الأحوال من أملاك الدولة العامة .

مادة ٢٩- يتولى المجلس الأعلى للآثار الحفاظ على الآثار والمتاحف والمخازن والمواقع والمناطق الأثرية والمباني التاريخية كما يتولى حراستها عن طريق الشرطة المختصة والخفراء والحراس الخصوصيين المعتمدين منها وفقا للقواعد المنظمة لذلك . ويضع المجلس حدا أقصى

لامـــتداد كل تفتيش للآثار بما يكفل سهولة التحرك في منطقته ومراقبة آثارها .

ويحـــدد بقـــرار من مجلس إدارة المجلس محيط كل موقع أثرى يتولى المجلس حراسته ، ويجوز – بعد أخذ رأى وزارة السياحة– أن يتضمن هـــذا القـــرار فـــرض رسم لدخول هذا الموقع وذلك بحد أقصى خمسة جنيهات للمصريين ومائة جنيه أو ما يعادلها من العملات الحرة بالنسبة إلى الأجانب ، ولايخل هذا الرسم بالرسوم المقررة طبقا للمادة (٣٩) من هذا القانون (الفقرة مستبدلة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩١).

مادة ٣٠. يخـــتص المجلـــس الأعلى للآثار دون غيره بأعمال الصيانة والترمـــيم اللازمـــة لجمـــيع الآثار والمواقع والمناطق الأثرية والمبانى التاريخية المسجلة .

ويتحمل كل من وزارة الأوقاف وهيئة الأوقاف المصرية وهيئة الأوقاف القبطية نفقات ترميم وصيانة العقارات الأثرية والتاريخية التابعة المسجلة لها .

كما يتحمل المجلس الأعلى للآثار بنفقات ترميم المبانى التاريخية المسجلة التى فى حيازة الأفراد والهيئات الأخرى ما لم يكن سبب الترميم قد نشأ عـــن ســـوء استعمال من الحائز حسبما تقرره اللجنة الدائمة المختصة ، وفى هذه الحالة يتحمل الحائز قيمة مصاريف الترميم .

ويجوز لرئيس مجلس إدارة المجلس بعد موافقة اللجنة الدائمة المختصة أن يـــرخص للهيئات والبعثات العلمية المتخصصة بأداء عمليات الترميم

والصيانة ، تحت إشراف المجلس كما يجوز الترخيص كتابة بها للأفراد المتخصصين .

مادة ٣١ـ يرتـب المجلـس الأعلـى للآثار أولويات التصريح للبعثات والهيئات بالتنقيب عن الآثار بدءا بالمناطق الأكثر تعرضا لأخطار البيئة والأكثر تأثرا بمشروعات الدولة في الامتداد العمراني وفق جدول زمني وموضوعي يقرره مجلس إدارة الهيئة .

مادة ٣٢ـ لايجـوز للغير مباشرة أعمال البحث أو التنقيب عن الآثار إلا تحت الإشراف المباشر للمجلس الأعلى للآثار عن طريق من يندبه لهذا الغرض من الخبراء والفنيين ، وفقا لشروط الترخيص الصادر منه .

ويـرخص لرئيس البعثة أو من يقوم مقامه بدراسة الآثار التى اكتشفتها البعـثة ورسـمها وتصويرها ، ويحفظ حق البعثة في النشر العلمى عن حفائرها لمدة أقصاها خمس سنوات من تاريخ أول كشف لها في الموقع ، يسقط بعدها حقها في الأسبقية في النشر .

مادة ٣٣ـ يصدر مجلس إدارة المجلس الأعلى للآثار قرارا بالاشتراطات والالـتزامات الـتى يجب مراعاتها وتنفيذها في تراخيص الحفر بحيث يتضـمن الترخيص بيانا بحدود المنطقة التى يجرى البحث فيها ، والمدة المصـرح بهـا ، والحد الأدنى للعمل بها ، والتأمينات الواجب إيداعها لصـالح الهيئة وشروط مباشرة الحفر، مع الاقتصار على منطقة معينة حـتى إتمام العمل بها ، والالتزام بالتسجيل المتتابع والمتكفل بالحراسة والصـيانة وتـزويد المجلس بتسجيل متكامل وتقرير علمى شامل عن الأعمال محل الترخيص .

مادة ٣٤ـ يخضع الترخيص للبعثات الأجنبية بالكشف والتنقيب من الآثار للقواعد الآتية :

(أ) التزام كل بعثة بترميم وصيانة ما تقوم بالكشف عنه من الآثار المعمارية والآثار المنقولة ، أولا بأول وقبل أن تنتهى مواسم عملها ، وذلك بإشراف الأجهزة المختصة في المجلس الأعلى للآثار وبالتعاون معه.

(ب) اقتران خطة كل بعثة أجنبية لأعمال التنقيب الأثرى في مصر بخطة مكملة لها تقوم فيها البعثة بعمل من أعمال الترميم للآثار القائمة التى سبق الكشف عنها ، أو ما يناسب استعدادها من أعمال المسح أو الحصر والتسجيل الأثرية للمنطقة التى تعمل بها أو بقربها ، ويتم ذلك بموافقة المجلس أو بالمشاركة معها .

(ج) يكون للمجلس الأعلى للآثار وحده دون المرخص له أن ينتج نماذج حديثة للآثار المكتشفة في الحفائر بعد أن يتم المرخص له النشر العلمى عنها ، ومع ذلك يجوز للمجلس أن يمنح المرخص له في هذه الحالة نسخا من هذه الآثار .

مادة ٣٥ـ جميع الآثار المكتشفة التى تعثر عليها بعثات الحفائر العلمية الأجنبية تكون ملكا للدولة ، ومع ذلك يجوز للمجلس أن يقرر مكافأة للبعثات المتميزة إذا أدت أعمالا جليلة في الحفائر والترميمات بأن تمنح بعضا من الآثار المنقولة التى اكتشفتها البعثة لمتحف آثار تعينه البعثة لتعرض فيه باسمها متى قرر المجلس إمكان الاستغناء عن هذه الآثار لمماثلتها مع القطع الأخرى التى أخرجت من ذات الحفائر من حيث

المـــادة والـــنوع والصـــفة والدلالة التاريخية والفنية وذلك بعد استيفاء المعلومات المتعلقة بها وتسجيلها .

مادة ٣٦- تتولى النظر في نتائج أعمال البعثات واقتراح مكافأة أى منها اللجـــنة الدائمـــة المختصـــة أو مجلـــس إدارة المتحف المختص بحسب الأحوال.

وللمجلس الحق في أن يمنح المرخص له بعض الآثار المنقولة ، كما أن له الحق في اختيار الآثار التى ترى مكافأته بها دون تدخل منه وبشرط ألا يـــتعدى مقدار الآثار الممنوحة في هذه الحالة نسبة ١٠% من الآثار المنقولة التى اكتشفتها البعثة وأن يكون لها ما يماثلها من القطع الأخرى مـــن حيث المادة والنوع والصفة والدلالة التاريخية والفنية ، وعلى ألا تتضـــمن آثـــارا ذهبـــية أو فضـــية أو أحجـــارا كريمة أو برديات أو مخطوطات أو عناصر معمارية أو أجزاء مقطوعة منها .

ويتعين أن تتضمن الاتفاقيات التى يعقدها المجلس الأعلى للآثار في هذا الشأن النص على حظر الاتجار في الآثار الممنوحة سواء في الداخل أو الخارج .

مادة ٣٧- يجـــوز بقرار من مجلس إدارة المجلس إنهاء تراخيص العمل الممنوحة للهيئات والبعثات في الحفائر لمخالفات وقعت منها أثناء العمل.

ومـــع عدم الإخلال بالعقوبات المقررة للإستيلاء على الآثار دون وجه حق أو تهريبها يكون للمجلس حرمان أية بعثة أثرية أو أى متحف آثار خـــارجى مـــن مزاولة الحفائر الأثرية في جمهورية مصر العربية لمدة لاتقـــل عـــن خمس سنوات إذا ثبت اشتراك أحد أفرادها أو إعانته على ارتكاب أية جريمة من الجرائم المشار إليها بهذا القانون .

مادة ٣٨ـ يعفى المجلس الأعلى للآثار وبعثات الجامعات المصرية من أداء الرسوم الجمركية من الأدوات والمعدات والأجهزة التى تستوردها من الخارج لأعمال الحفائر وترميم الأبنية الأثرية والتاريخية وتجهيز المتاحف ومراكز الآثار التابعة لها والعروض الفنية والأثرية .

كما تقوم مصلحة الجمارك بالإفراج المؤقت عن الأدوات والأجهزة التى تدخلها إلى البلاد، البعثات الأجنبية للحفائر والترميم والدراسات الطبيعية بالآثار لاستخدامها في أغراضها ، وتعفى هذه البعثات نهائيا من أداء الرسوم الجمركية إذا تصرفت أو تنازلت عن هذه الأدوات أو الأجهزة للمجلس الأعلى للآثار أو للبعثات الأثرية بالجامعات المصرية وتتحمل البعثة بقيمة الرسوم الجمركية المقررة إذا تصرفت في الأدوات أو الأجهزة بعد انتهاء عملها إلى غير هذه الجهات .

مادة ٣٩ـ يجوز بقرار من مجلس إدارة المجلس الأعلى للآثار – بعد أخذ رأى وزارة السياحة– فرض رسم لزيارة أى من المتاحف أو الآثار بحد أقصى خمسة جنيهات للمصريين ومائة جنيه أو ما يعادلها من العملات الحرة بالنسبة للأجانب (مستبدلة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩١) .

الباب الثالث

العقوبات

مادة ٤٠ ـ مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يقررها قانون العقوبات أو أى قانون آخر يعاقب على مخالفة أحكام هذا القانون بالعقوبات المبينة في المواد التالية :

مادة ٤١ـ يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولاتزيد على خمسين ألف جنيه كل من قام بتهريب أثر إلى خارج الجمهورية أو اشـــترك في ذلك . ويحكم في هذه الحالة بمصادرة الأثر محل الجريمة وكذلـــك الأجهزة والأدوات والآلات والسيارات المستخدمة فيها لصالح المجلس الأعلى للآثار .

(المادة معدلة بالقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣) .

مادة ٤٢– يعاقب بالسجن مدة لاتقل عن خمس سنوات ولاتزيد على سبع ســنوات وبغرامة لاتقل عن ثلاثة الآف جنيه ولاتزيد على خمسين ألف جنيه كل من :

(أ) ســـرق أثرا أو جزءا من أثر مملوك للدولة أو قام بإخفائه أو اشترك فـــي شـــيء مـــن ذلك ويحكم في هذه الحالة بمصادرة الأثر والأجهزة والأدوات والآلات والسيارات المستخدمة في الجريمة لصالح الهيئة .

(ب) هـــدم أو أتلف عمدا أثرا أو مبنى تاريخيا أو شوهه أو غير معالمه أو فصل جزءا منه أو اشترك في ذلك .

(ج) أجـــرى أعمـــال الحفر الأثرى دون ترخيص أو اشترك في ذلك .

وتكون العقوبة السجن وبغرامة لاتقل عن خمسة آلاف جنيه ولاتزيد عن خمســـين ألـــف جنـــيه إذا كان الفاعل من العاملين بالدولة المشرفين أو المشـــتغلين بالآثـــار أو موظفى أو عمال بعثات الحفائرأو من المقاولين المتعاقدين مع المجلس الأعلى للآثار أو من عمالهم .

(المادة معدلة بالقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣) .

مادة ٤٣ – يعاقب بالحبس مدة لاتقل عن سنة ولاتزيد على سنتين وبغرامة لاتقــل عن مائة ولاتزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من :

(أ) نقــل بغير إذن كتابى صادر من المجلس الأعلى للآثار أثرا مملوكا للدولة أو مسجلا أو نزعه من مكانه .

(ب) حول المبانى الأثرية أو الأراضى الأثرية أو جزءا منها إلى مسكن أو حظيرة أو مخزن أو مصنع أو زرعها ، أو أعدها للزراعة أو غرس فــيها أشجارا أو اتخذها جرنا أو شق بها مصارف أو مساقى أو أقام بها أية إشغالات أخرى أو اعتدى عليها بأية صورة كانت .

(ج) استولى على أنقاض أو سماد أو أتربة أو رمال أو مواد أخرى من موقــع أثرى أو أراضى أثرية بدون ترخيص من المجلس الأعلى للآثار أو تجــاوز شــروط الترخــيص الممنوح له في المحاجر أو أضاف إلى الموقع أو المكان الأثرى أسمدة أو أتربة أو نفايات أو مواد أخرى .

(د) جاوز متعمدا شروط الترخيص له بالحفر الأثرى .

(هـ) اقتنى أثرا وتصرف فيه على خلاف ما يقضى به القانون .

(و) زيف أثرا من الآثار القديمة بقصد الاحتيال أو التدليس .

مادة ٤٤ – يعاقــب بالعقوبة الواردة بالمادة السابقة كل من يخالف أحكام المواد ٢، ٤، ٧ ، ١١، ١٨، ٢١، ٢٢ من هذا القانون .

مادة ٤٥ – يعاقــب بالحــبس مدة لاتقل عن ثلاثة أشهر ولاتجاوز سنة وبغــرامة لاتقــل عن مائة جنيه ولاتزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من :

(أ) وضع على الأثر إعلانات أو لوحات للدعاية .
(ب) كتب أو نقش على الأثر أو وضع دهانات عليه .
(ج) شوه أو أتلف بطريق الخطأ أثرا ثابتا أو منقولا أو فصل جزءا منه .

مادة ٤٦ – يعاقب كل من يخالف المواد ١٨ ، ١٩ ، ٢٠ من العاملين بالدولة بالحبس مدة لاتقل عن سنتين وبغرامة لاتقل عن مائة جنيه ولاتزيد على خمسمائة جنيه مع إلزامه بالتعويض عن الأضرار التى تنشأ عن المخالفة .

مادة ٤٧ – يحكم في حالة مخالفة المواد ٧ ، ٢١، ٢٢ بمصادرة الآثار لصالح المجلس الأعلى للآثار .

الباب الرابع
الأحكام الختامية

مادة ٤٨ – لرئيس مجلس إدارة المجلس الأعلى للآثار ومديرى الآثار ومديرى المتاحف وأمنائها وأمنائها المساعدين ومراقبى ومديرى المناطق الأثرية ومفتشى الآثار والمفتشين المساعدين صفة الضبطية القضائية فيما يتعلق بضبط الجرائم والمخالفات المنصوص عليها في هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذا له .

مادة ٤٩ – تؤول إلى صندوق تمويل مشروعات الآثار والمتاحف بالمجلس الأعلى للآثار الغرامات المحكوم بها طبقاً لأحكام هذا القانون

٣٢٧ـ تعريف الآثار :

عرف القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٨٣ الأثر بأنه :

كل عقار أو منقول أنتجته الحضارات المختلفة أو أحدثته الفنون والآداب والأديان من عصر ما قبل التاريخ وخلال العصور التاريخية المتعاقبة حتى ما قبل مائة عام متى كانت له قيمة أو أهمية أثرية أو تاريخية باعتباره مظهرا من مظاهر الحضارات

والرسوم المقررة بالمادتين ٢٩، ٣٩ منه وللهيئة أن تمنح من حصيلة هذه المبالغ مكافآت يقدرها رئيس مجلس إدارة المجلس لمن ساهم في الإرشاد أو ضبط المخالفات وذلك طبقا للشروط والأوضاع التى يصدر بها قرار من مجلس الإدارة .

مادة ٥٠ – جميع المبالغ التى تستحق للمجلس تطبيقا لهذا القانون يجوز تحصيلها بطريق الحجز الإدارى .

مادة ٥١ – يتولى المجلس تنسيق العمل مع الهيئات والجهات المختصة بالتخطيط والإسكان والسياحة والمرافق والأمن ومجالس المحافظات بما يكفل حماية الآثار والمتاحف والمبانى التاريخية من الاهتزازات والاختناقات ومسببات الرشح والتلوث وأخطار للصناعة وتغيير المحيط التاريخى والأثرى وبما يحقق التوازن بين مطالب العمران وبين ضرورات صيانة الآثار والتراث .

المخـــتلفة التى قامت على أرض مصر أو كانت لها صلة تاريخية لها، وكذلك زمان السلالات البشرية والكائنات المعاصرة لها (م١).

ويجـــوز بقـــرار مـــن رئيس مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص بشئون الثقافة أن يعتبر أى عقار أو منقول ذا قيمة تاريخـــية أو علمية أو دينية أو فنية أو أدبية أثرا متى كانت للدولة مصـــلحة قومية في حفظه وصيانته وذلك دون التقيد بالحد الزمنى سالف الذكر ويتم تسجيله وفقا لأحكام قانون حماية الآثار وفى هذه الحالـــة يعد مالك الأثر مسئولا عن المحافظة عليه وعدم إحداث أى تغيير به ، وذلك من تاريخ إبلاغه بهذا القرار بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول. (م٢) .

وتعتـــبر أرضـــا أثرية الأراضى المملوكة للدولة التى اعتبرت أثرية بمقتضى قرارات أو أوامر سابقة على العمل بالقانون أو التى يصـــدر باعتبارها كذلك قرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على عـــرض الوزير المختص بشئون الثقافة . ويجوز بقرار من رئيس مجلـــس الـــوزراء بناء على عرض الوزير المختص بشئون الثقافة إخـــراج أية أراضى من عداد الأراضى الأثرية أو أراضى المنافع العامـــة للآثار إذا ثبت للهيئة خلوها من الآثار ، أو أصبحت خارج أراضى خط التجميل المعتمد للأثر (م ٣).

وتعتبر مبان أثرية المبانى التى اعتبرت كذلك وسجلت بمقتضى قرارات أو أوامر سابقة (م ١/٤) .

وقد قضت محكمة النقض – في ظل القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ـ بأن :

١- " إن الفقــرة العاشرة من المادة التاسعة من القانون المدنى، إذا كانــت نصت على " أن الآثار العمومية وكافة ما يكون مملوكا للحكومة من مصنوعات الفنون أو الأشياء التاريخية " يكون معتبرا بذاتــه مــن المــنافع العامة ، وكانت الفقرة الحادية عشرة منها قد ذكــرت أن المــال الثابــت أو المنقول إذا تخصص بالفعل للمنفعة العامة كان عاما أيضا – إذا كان هذا هو نص القانون المدنى ، فإن المــادة السادسة من قانون الآثار رقم ١٤ الصادر في ١٢ يونية سنة ١٩١٢ تجرى بأن " أراضى الحكومة المقررة أو التى سيتقرر أنها أثرية تعد جميعها من أملاك الحكومة العامة " . وهذا النص واضح الدلالــة علــى أن الأرض لا تعتــبر أثــرية إلا إذا تقرر ذلك قبل الحكومــة، أى صدر به قرار من مجلس الوزراء أو على الأقل من قــبل وزير الأشغال المكلف بتنفيذ هذا القانون فيما يخصه بمقتضى المــادة الثانية والعشرين منه . فكل ورقة أو مخاطبة إدارية ليست قرارا من هذا القبيل فلا يمكن – في علاقة الحكومة بالجمهور- أن تعتــبر مغــيرة لوصــف الأرض ومخرجة لها من ملك الحكومة الخاص إلى ملكيتها العامة . وإذن فلا يكفى لاعتبار الأرض أثرية غــير ممكــن اكتســابها بوضع اليد بمضى المدة لا مجرد صدور

خطـــاب من مصلحة الآثار باعتبارها كذلك ولا وصفها بأنها أثرية في قوائم المساحة والتحديد " .

(طعن رقم ٧٥ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٥/٢/٢١)

٢- " إن حكم المادة السادسة من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ الخـــاص بالآثار ليس مقصورا على الأراضى التى تقرر الحكومة بعـــد صدوره أنها أثرية بل يتناول أيضا - كما هو صريح نصها- الأراضـــى التى سبق أن قررت الحكومة ، أى مجلس الوزراء أو الوزيـــر المنوط به تنفيذ قانون الآثار ، أن لها هذه الصفة . فالقرار الصادر من وزير الأشغال قبل صدور قانون الآثار باعتبار أرض معينة أرضا أثرية يكفى لينسحب عليها حكم المادة السادسة من هذا القانون ولو كان القرار المذكور غير مستند إلى قانون سابق " .

(طعن رقم ٨٢ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٥/١٥)

وواضح مما سلف أن الأثر قد يكون منقولا وقد يكون عقارا.

٣٢٨- التمييز بين الأثر وبين الكنز واللقطة :

يختلف الأثر عن الكنز واللقطة فيما يلى :

١- أن الأثر قد يكون منقولا أو عقارا [١] أو أرضا أثرية ، أما الكنز واللقطة فلا يكونان إلا منقولا .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٨٣ .

٢- أن الأثر وإن كان يشترك مع الكنز في أن كلا منها مخبوء أو مدفون- في معظم الحالات- ، إلا أن الأثر ليس له قيمة كالكنز، وإن كانت له طبيعة خاصة كما سنرى .

أما اللقطة فتكون ظاهرة وليست مخبوءة أو مدفونة .

٣٢٩ـ الآثار تعد من الأموال العامة :

تعد جميع الآثار من الأموال العامة – عدا ما كان وقفا ولايجوز تملكها أو حيازتها أو التصرف فيها إلا في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في قانون حماية الآثار والقرارات المنفذة له (م٦) .

ولما كانت الآثار من الأموال العامة ، فإنه لايمكن اعتبارها من الأشياء التى لا مالك لها حتى يمكن تملكها بالاستيلاء رغم وجود نص المادة ٨٧٣ من التقنين المدنى تحت عنوان الاستيلاء بالفصل الثانى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن المادة الأولى من قانون الآثار والمادة ٩ من القانون المدنى الأهلى والمادة ٢٥ من القانون المدنى المختلط تعتبر الآثار من الأملاك العامة . فلا يجوز التبايع في التمثال الأثرى ، وبيعه وشراؤه باطلان . وللحكومة أن تقاضى كل من يوجد هذا التمثال في حيازته ، مهما كانت جنسيته ، لتسترده منه بغير تعويض تدفعه لـه أو ثمن ترده إليه . وليس له أن يحاج بنص المادة ٨٧ من

القـــانون المدنى لأن المقرر قانونا أن أحكام تملك المنقول بالحيازة لاترد مطلقا على الأملاك العامة ".

(طعن رقم ٤٤ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٧/١٢/١٦)

٣٣٠ـ آثار اعتبار الآثار من الأموال العامة :

لمـــا كانت الآثار تعتبر من الأموال العامة فقد أحاطها المشرع بضـــروب الحصانة المختلفة التى يتمتع به هذا النوع من الأموال . ومن ذلك ما يأتى :

(أ) تنص المادة ١٢ من القانون على أن يتم تسجيل الأثر بقرار مـــن الوزير المختص بشئون الثقافة بناء على اقتراح مجلس إدارة الهيـــئة (هيئة الآثار المصرية) ويعلن القرار الصادر بتسجيل الأثر إلـــى مالكـــه أو المكلف باسمه بالطريق الإدارى وينشر في الوقائع المصـــرية ويؤشـــر بذلـــك علـــى هامش تسجيل العقار في الشهر العقارى.

وتـــنص المادة ١٣ على أنه يترتب على تسجيل الأثر العقارى وإعلان المالك بذلك طبقا لأحكام المادة السابقة الأحكام الآتية :

١- عـــدم جواز هدم العقار كله أو بعضه أو إخراج جزء منه من جمهورية مصر العربية .

٢- عـــدم جـــواز نزع ملكية الأرض أو العقار ، أما الأراضى المـــتاخمة له فـــيجوز نزع ملكيتها بعد موافقة – الوزير المختص بشئون الثقافة بناء على اقتراح مجلس إدارة الهيئة .

كمـــا تحظر على الغير إقامة منشآت أو مدافن أو شق قنوات أو إعـــداد طـــرق أو الـــزراعة فيها أو في المناطق العامة للآثار أو الأراضى الداخلة ضمن خطوط التجميل المعتمدة .

كمـــا تحظر غرس أشجار بها أو قطعها أو رفع أنقاص منها أو أخـــذ أتربة أو أسمدة أو رمال أو إجراء غير ذلك من الأعمال التى يترتـــب عليها تغيير في معالم هذه المواقع والأراضى إلا بترخيص من الهيئة وتحت إشرافها .

ويســـرى ما تقدم على الأراضى المتاخمة التى تقع خارج نطاق المواقـــع المشار إليها والتى تمتد حتى مسافة ثلاثة كيلو مترات في المـــناطق غير المأهولة ولمسافة تحددها الهيئة بما يحقق حماية بيئة الأثر في غيرها من المناطق .

ويجـــوز بقرار من الوزير المختص بشئون الثقافة تطبيق أحكام هذه المادة على الأراضى التى يتبين للهيئة بناء على الدراسات التى تجـــريها احـــتمال وجود آثار في باطنها كما يسرى حكم هذه المادة على الأراضى الصحراوية وعلى المناطق المرخص بعمل محاجر فيها .

(ج) تـــنص المـــادة ١٥ من القانون على أنه لايترتب على أى اســـتغلال قائم من قبل الأفراد أو الهيئات لموقع أثرى أو أرض أو بـــناء ذى قيمة تاريخية أى حق في تملكه بالتقادم ويحق للهيئة كلما رأت ضرورة لذلك إخلاءها مقابل تعويض عادل..

(د) تنص المادة ٢١ من القانون على أنه يتعين أن تراعى مواقع الآثار والأراضى الأثرية والمبانى والمواقع ذات الأهمية التاريخية عند تغيير تخطيط المدن والأحياء والقرى التى توجد بها ولايجوز تنفيذ التخطيط المستحدث أو التوسع أو التعديل في المناطق الأثرية والتاريخية وفى زمامها إلا بعد موافقة هيئة الآثار كتابة على ذلك مع مراعاة حقوق الارتفاق التى ترتبها الهيئة .

٣٣١ـ العثور على الأثر :

أوجبت المادة ٢٣ من القانون على كل شخص يعثر على أثر عقارى غير مسجل أن يبلغ هيئة الآثار به . ويعتبر الأثر ملكا للدولة وعلى الهيئة أن تتخذ الإجراءات اللازمة للمحافظة عليه ولها خلال ثلاثة أشهر إما رفع الأثر الموجود في ملك الأفراد ، أو اتخاذ الإجراءات لنزع ملكية الأرض التى وجد فيها أو إبقائه في مكانه مع تسجيله طبقاً لأحكام هذا القانون ولا يدخل في تقدير قيمة الأرض المنزوع ملكيتها قيمة ما بها من آثار .

وللهيئة أن تمنح من أرشد عن الأثر مكافأة تحددها اللجنة الدائمة المختصة إذا رأت أن هذا الأثر ذو أهمية خاصة .

كما تنص المادة ٢٤ من القانون على أن : على كل من يعثر مصادفة على أثر منقول أو يعثر على جزء أو أجزاء من أثر ثابت فيما يتواجد به من مكان أن يخطر بذلك أقرب سلطة إدارية خلال ثمان وأربعين ساعة من العثور عليه وأن يحافظ عليه حتى تتسلمه

السلطة المختصة وإلا اعتبر حائزا لأثر بدون ترخيص ، وعلى السلطة المذكورة إخطار هيئة الآثار المصرية بذلك فورا .

ويصبح الأثر ملكا للدولة وللهيئة إذا قدرت أهمية الأثر أن تمنح من عثر عليه وأبلغ عنه مكافأة تحددها اللجنة الدائمة المختصة .

٣٣٢ـ الإشراف على الآثار :

يختص المجلس الأعلى للآثار[١] بالإشراف على جميع ما يتعلق بشئون الآثار في متاحفه ومخازنه وفى المواقع والمناطق الأثرية والتاريخية ولو عثر عليها بطريق المصادفة . ويتولى المجلس الكشف عن الآثار الكائنة فوق سطح الأرض ، والتنقيب عما هو موجود منها تحت سطح الأرض وفى المياه الإقليمية المصرية .

ويجوز لرئيس مجلس إدارة المجلس بعد موافقة اللجنة الدائمة المختصة أن يرخص للهيئات العلمية المختصة الوطنية منها والأجنبية بالبحث عن الآثار والكشف عنها في مواقع معينة ولفترات محددة بترخيص خاص غير قابل للتنازل إلى الغير ، ولايمنح هذا الترخيص إلا بعد التحقق من توافر الكفاية العلمية والفنية والمالية والخبرة الأثرية العلمية في طالب الترخيص

---

(١) حل هذا المجلس محل هيئة الآثار المصرية بمقتضى قرار رئيس الجمهورية رقم ٨٢ لسنة ١٩٩٤.

ويسرى الحكم المتقدم ولو كان البحث أو التنقيب في أرض مملوكة للجهة طالبة الترخيص (م٥).

ولايجـوز للغير مباشرة أعمال البحث أو التنقيب عن الآثار إلا تحـت الإشراف المباشر للمجلس عن طريق من يندبه لهذا الغرض من الخبراء والفنيين، وفقا لشروط الترخيص الصادرمنه . ويرخص لرئـيس البعثة أو من يقوم مقامه بدراسة الآثار التى اكتشفتها البعثة ورسـمها وتصـويرها ، ويحفظ حق البعثة في النشر العلمى عن حفائـرها لمدة اقصاها خمس سنوات من تاريخ أول كشف لها في الموقع ، يسقط بعـدها حقها فى الأسبقية في النشر (م٣٢) .

ويصدر مجلس إدارة المجلس قرارا بالاشتراطات والالتزامات الـتى يجب مراعاتها وتنفيذها على تراخيص الحفر بحيث يتضمن الترخـيص بـيانا بحدود المنطقة التى يجرى البحث فيها ، والمدة المصرح بها ، والحد الأدنى للعمل بها ، والتأمينات الواجب إيداعها لصالح المجلس وشروط مباشرة الحفر ، مع الاقتصار على منطقة معيـنة حـتى إتمام العمل بها ، والالتزام بالتسجيل المتتابع والتكفل بالحراسـة والصيانة وتزويد المجلس بتسجيل متكامل وتقرير علمى شامل عن الأعمال محل الترخيص (م ٣٣) .

٣٣٣ـ الآثار المملوكة ملكية خاصة :

حدد القانون على سبيل الحصر الآثار التى تعتبر مملوكة ملكية خاصة ، أى لاتدخل في الأموال العامة كالآتى :

١- التملك والحيازة القائمة وقت العمل بقانون حماية الآثار .

وعلــى الــتجار والحائزين للآثار من غير التجار أن يخطروا المجلــس الأعلــى للآثـــار بما لديهم من آثار خلال ستة أشهر من تـــاريخ العمـــل بالقـــانون وأن يحـــافظوا عليها حتى يقوم المجلس بتسجيلها طبقا لأحكام القانون .

ويعتبر حائزا بدون وجه حق ولايفيد من أحكام الحيازة المقررة بهـــذا القـــانون كـــل من لايخطر خلال المدة المشار إليها عما في حيازته من آثار لتسجيلها (م ٨).

ويجوز لحائز الأثر التصرف فيه بأى نوع من أنواع التصرفات بعـــد الحصـــول على موافقة كتابية من المجلس الأعلى للآثار وفقا للإجـــراءات والقواعـــد التى يصدر بها قرار من الوزير المختص بشئون الثقافة وبشرط ألا يترتب على التصرف إخراج الأثر خارج البلاد .

وتســـرى علـــى من تنتقل إليه ملكية أو حيازة الأثر وفقا للحكم المـــتقدم أو بطـــريق المـــيراث أحكام الحيازة المبينة بقانون حماية الآثار .

وفـــى جمـــيع الأحـــوال يكـــون للمجلس الأعلى للآثار أولوية الحصول على الأثر محل التصرف مقابل تعويض عادل، كما يحق للمجلس الحصول على ما يراه من آثار أو استرداد الآثار المنتزعة مـــن عناصـــر معماريـــة الموجودة لدى التجار أو الحائزين مقابل تعويض عادل (م ٩) .

٢- الآثـــار التى تعطى كمكافأة لبعثات الحفائر العلمية الأجنبية المتمـــيزة إذا أدت أعمـــالا جليلة في الحفائر والترميمات من الآثار المـــنقولة الـــتى اكتشـــفتها البعثة وتودع بمتحف آثار تعينه البعثة لـــتعرض فـــيه باسمها متى قرر المجلس إمكان الاستغناء عن هذه الآثـــار لمماثلتها مع القطع الأخرى التى أخرجت من ذات الحفائر من حيث المادة والنوع والصفة والدلالة التاريخية والفنية وذلك بعد استيفاء المعلومات المتعلقة بها وتسجيلها (م٣٥) .

٣- الآثار المنقولة المتكررة التى يجوز للمجلس الأعلى للآثار التـــبادل بهـــا مع الدول أو المتاحف أو المعاهد العلمية العربية أو الأجنبية وذلك بقرار من رئيس الجمهورية بناء على اقتراح الوزير المختص بشئون الثقافة (م ١٠) .

وقد قضت محكمة النقض – فى ظل القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ الخاص بحماية آثار العصر العربى - بأن :

" إن الآثـــار ليست جميعها عامة ، بل إن منها ما أنشأه الأفراد أصـــلا وانتقل بالتوارث إلى من خلفهم مما لا وجه معه لعدها من المـــنافع العامـــة . ومـــنها مـــا تملكوه بوضع اليد عليه بعد زوال تخصيصـــه للمـــنافع العامـــة ممـــا يعتبر من الآثار غير المملوكة للحكومـــة الـــتى تســـرى عليها أحكام القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ الخاص بحماية آثار العصر العربى " .

(طعن رقم ٦١ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٤٠/٧٣/٧)

مـــادة (٨٧٤)

١- الأراضـــى غـــير المـــزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة .

٢- ولايجـــوز تملـــك هـــذه الأراضى أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للوائح .

٣- إلا أنـــه إذا زرع مصرى أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بـــنى عليها ، تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبـــنى ولـــو بغير ترخيص من الدولة . ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة السنة التالية للتملك .

الشـــــرح

٣٣٤- إلغاء الفقرة الثالثة من المادة وكذا القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بموجب القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ [١]:

نـــص القـــانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكـــة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها ، فى المادة ٨٦ منه على أن : " تلغى الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من المدنى كما يلغى ..... والقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ .... الخ " .

---

(١) الجـــريدة الرســـمية فى ٢٢ مارس سنة ١٩٦٤ العدد ٦٨ وعمل به بعد انقضاء ثلاثة أشهر على نشره (م ٨٩)

وعلى ذلك تعتبر الفقرة الثالثة والأخيرة من المادة (٨٧٤) مدنى ملغـــاة ، ولايبقى من النص قائما إلا الفقرتان الأولى والثانية . كما ألغى القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ الذى تناولنا أحكامه سلفا .

ويعـــزى صــــدور هذا القانون إلى أن تطبيق القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ كشف عن قصور فى أحكامه مما أدى إلى عدم إقرار بعـــض حــــالات الملكـــية السابقة على صدوره . الأمر الذى أثار شعورا بالقلق فى نفوس المواطنين فى بعض المناطق الصحراوية ، وخاصة فى المنطقة الشمالية من شبه جزيرة سيناء [١].

وأخـــيرا ألغــــى القانون المذكور وحل محله القانون ١٤٣ لسنة ١٩٨١ فـــى شـــأن الأراضى الصحراوية . وقد تناول تنظيم كيفية تأجير الأراضى الصحراوية والتصرف فيها .

ونص فى المادة ٢٧ منه على إلغاء الأحكام المتعلقة بالأراضى الصـــحراوية بالقـــانون رقـــم ١٠٠ لســـنة ١٩٦٤ فى شأن تأجير العقـــارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها ، ومن ثم أصبح القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ هو الواجب التطبيق فى شأن التصرف فى الأراضى الصحراوية أو تأجيرها .

٣٣٥ـ المقصود بالأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها:

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة . وقد فسرت مذكـــرة المشروع التمهيدى ذلك بقولها :

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ .

"يشــمل المال المباح الأراضى غير المزروعة التى ليست ملكا عامــا ولا ملكــا خاصــا ، وذلك كالصحارى والجبال والأراضى المــتروكة ، وتعتبر هذه الأراضى ملكا للدولة ، ولكنها مملوكة لها ملكية ضعيفة إذ يجوز الاستيلاء عليها " [١].

ولاشــبهة فى أن اصطلاح " الأراضى غير المزروعة " الذى اســتعمله المشــرع لايشــمل الأراضى الداخلة فى زمام المدن أو القــرى. ولا أراضـــى الجزائــر أو شاطئ النيل أو شواطئ الترع المتخلفة عن طرح البحر ، إذ أن هذه وتلك تعتبر من أملاك الدولة الخاصة ، أى من أموال الدومين الخاص، ومن ثم فلا تسرى عليها الأحكــام الخاصة بتملك الأراضى غير المزروعة . بل إن الوسيلة لتملكها هى التعاقد أو التقادم ، ولاسبيل إلى ادعاء تملكها بالاستيلاء حتى لو كان مصحوبا بالتعمير [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن الأمــر العالى الصادر فى ٥ ربيع الأول سنة ١٢٩٢ بشــأن أراضـــى مربوط ليس فيه شىء يدل على أن هذه الأرض محظــور تملكهــا ، كما أنه لم يتعرض لأحكام تملك تلك الأطيان بوضــع الــيد . على أن هذا الأمر على كل حال قد أبطل مفعوله بمقتضـــى الأمــر العــالى الصادر فى ٧ شعبان سنة ١٢٩٢ مبينا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ ص ١٩٧ .

(٢) محمد على عرفه ص ٣٣- **عبد المنعم** الصده ص ٣٥٧ .

اللوائـــح والأوامر الخاصة بالأطيان والتى اعتبرت وحدها المعمول بها فى ذلك التاريخ على أن الواقع أن الأمر العالى الصادر من بعد فـــى ٩ ســبتمبر ســنة ١٩٨٤ مصرح فيه بالإعطاء من الأراضى المـيرى الغـير المنزرعة الخارجة عن زمام البلاد مجانا وبدون ضريبة لمن يستصلحونها كيما تنتفع الحكومة بما تفرضه عليها من الضــريبة مــن بعد ذلك بدون استثناء جهة دون أخرى عدا بعض أراضـــى لهـــا شأن خاص كأراضى للجزائر وشواطئ النيل وغير ذلـــك ممـــا هـــو وارد بالمادة الثانية من الأمر العالى المذكور أما أراضى مريوط وأمثالها فلم تستثن من إمكان تمليكها للناس ، بل إن المـــادة الســـابعة من هذا الأمر صرحت بأن الأطيان المتوطن فيها عربان تعطى لهم بالأولوية . وإذن فالحكم الذى يقضى بجواز تملك أرض مريوط بمضى المدة لا مخالفة فيه لأى قانون ".

(طعن رقم ٣ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٥/٦/٢٠)

٢- "متى كان الحكم قد أثبت أن الأرض التى تطلب الطاعنة- مصـــلحة الأملاك الأميرية - تثبيت ملكيتها لها كانت مملوكة أصلا لشـــركة أراضى المدن والضواحى ضمن أراض أخرى ثم تداولتها الأيـــدى إلـــى أن وضع المطعون عليهم يدهم عليها من تاريخ عقد شـــرائهم فـــى سنة ١٩٢٢ وأحاطوها بسور وأقاموا عليها أكشاكا ومبانى فإنه يكون قد نفى وصف أنها من الأراضى المملوكة شرعا

للمـــيرى وفقا للمادة ٧٥ من القانون المدنى - القديم- ومن ثم فإن الطعن عليه بالخطأ فى تطبيق القانون غير صحيح " .

(طعن رقم ٧٠ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٢/٢٢)

٣-" إن المشـــرع وإن أبـــاح تملـــك الأراضى غير المنزرعة بإحدى الوسيلتين المبينتين فى المادة ٥٧ من القانون المدنى القـــديم (٨٧٤ مـــن التقنيـــن المدنى الجديد) وهما الترخيص من الدولة أو التعمـــير إلا أنه فى خصوص الوسيلة الأولى قيد الترخيص بلزوم مطابقـــته لما نص عليه فى اللوائح الصادرة فى هذا الشأن - ويبين مـــن الاطـــلاع علـــى الأمر العالى الصادر بتاريخ ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ أن نص المادة الثانية منه أخرج الأراضى الداخلة فى زمام الـــبلاد مـــن نطـــاق الأراضـــى غير المزروعة التى يجوز تملكها بالاســـتيلاء . وحكم هذا النص لاشك أنه يجرى سواء أكانت وسيلة الـــتملك هى الترخيص أو التعمير وبذلك لاينصب التملك بالاستيلاء على الأراضى الداخلة فى الزمام أيا كانت وسيلة التملك " .

(طعن رقم ٥٠ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/٦/٤)

٤- " جـــرى قضـــاء محكمة النقض بأن الأراضى الداخلة فى زمام البلاد وتخرج عن نطاق الأراضى غير المزروعة التى يجوز تملكها بالاستيلاء طبقا للمادة ٥٧ من القانون المدنى الملغى والمادة ٨ مـــن القـــانون المدنى المختلط المقابلتين للمادة ٨٧٤ من التقنين

القـــائم وبالتالى فلا يرد عليها التملك بالاستيلاء سواء كانت وسيلته هى الترخيص أو التعمير " .

(طعن رقم ٣٤٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٧/١/٢٦)

٥- " إن الأراضـــى الداخلـــة فى زمام البلاد تخرج عن نطاق الأراضـــى غير المزروعة التى كان يجوز تملكها بالاستيلاء طبقا للمـــادة ٨٧٤ مدنى وبالتالى فلا يرد عليها التملك بالاستيلاء سواء كانت وسيلته هى الترخيص أو التعمير ".

(طعن رقم ٩٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٢/٢٠)

٦- " المقـــرر فى قضاء هذه المحكمة أن الأراضى الداخلة فى زمـــام البلاد تخرج عن نطاق الأراضى غير المزروعة التى كان يجـــوز لكل مصرى طبقاً للفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدنـــى قـــبل إلغائهـــا بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، الاستيلاء عليها وتملك ما يزرعه أو يغرسه أو يبنى عليه منها ، وبالتالى فلا يرد عليها التملك بالاستيلاء أيا كانت وسيلته ".

(طعن رقم ١٢٧٩ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/١/٢٢)

ولمـــا صـــدر بعـــد ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجـــير العقـــارات المملوكة للدولة ملكية خاص والتصرف فيها [١].

---

(١) وقد نصت المادة ٨٦ من القانون على إلغاء الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدنى ، والمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ والقانون

قسم الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة أقساما ثلاثة : الأراضى الزراعية ، والأراضى البور ، والأراضى الصحراوية (م٢) وقد عرف الأراضى الزراعية بأنها الأراضى الواقعة داخل الزمام والأراضى المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلو مترين التى تكون مزروعة بالفعل وكذلك أراضى طرح النهر وهى الأراضى الواقعة بين مجرى نهر النيل وفرعيه التى يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها والجزائر التى تتكون فى مجراه (م٢/أ).

وعرف الأراضى البور بأنها الأراضى غير المزروعة الواقعة داخل الزمام والأراضى المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلو مترين (م ٢/ب).

وعرفت الأراضى الصحراوية بأنها الأراضى الواقعة فى المناطق المعتبرة خارج الزمام بعد مسافة الكيلو مترين المشار إليها فى

١٩٥٨ والقانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ وقرار رئيس الجمهورية رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٨ وقرار رئيس الجمهورية رقم ١٣٨٥ لسنة ١٩٥٨ وقرار رئيس الجمهورية رقم ٢٠١٥ لسنة ١٩٦٠، كما ألغى كل نص آخر يخالف أحكام هذا القانون (م ١/٨٦) .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٨٦ على ألا تسرى القواعد المنظمة لتأجير أملاك الميرى الحرة ولائحة قيود وشروط بيع أملاك الميرى الصادرة فى ٢١ من أغسطس سنة ١٩٠٢ - على العقارات الخاضعة لأحكام هذا القانون .

البنديـن السابقين سواء أكانت مزروعة بالفعل أو غير مزروعة أو كانت مشغولة بمبان أو منشآت ثابتة أو غير ثابتة (م ٢/ج) .

وعـبارة الأراضى الواقعة خارج الزمام تشمل الأراضى التى تمسـح مسـاحة تفصيلية ولم يتم حصرها لا فى سجلات مصلحة المساحة ولا فى سجلات المكلفات بمصلحة الأموال المقررة والتى لاتخضع للضريبة العقارية على الأطيان [١].

ويجـب اسـتبعاد الأراضى الزراعية والأراضى البور ، عند تحديد الأراضى غير المزروعة المشار إليها فى المادة ٨٧٤ مدنى، أمـا اسـتبعاد الأراضى الزراعية فواضح ، فهى أراض مزروعة بـالفعل ونحـن فـى صدد تحديد أراضى غير مزروعة . وكذلك تستبعد الأراضى البور وإن كانت تشترك فى كثير من الأحكام مع الأراضـى الصحراوية ، لأن المادة (٢/ب) من القانون رقم ١٠٠ لسـنة ١٩٦٤عرفـتها كما رأينا بأنها " الأراضى غير المزروعة الواقعة داخل الزمام والأراضى المتاخمة الممتدة خارج الزمام إلى مسـافة كـيلو متريـن " فهى إذن فى معظمها أراض واقعة داخل الزمام .

ويـبدو أن المادة ٨٧٤ مدنى لاتعرض للأراضى الواقعة داخل الـزمام إذ أن هذه أراض لايصدق عليها أنها " أرض لا مالك لها"

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون .

قبل صدور القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٤ فتبقى إذن الأراضى الصحراوية طبقاً للتعريف الوارد بالمادة (٢/جـ) وهى الأراضى الواقعة فى المناطق المعتبرة خارج الزمام بعد مسافة الكيلو مترين المشار إليها فى البندين السابقين .

ومن ثم فإنه بعد صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ تكون العبرة فى تحديد الأراضى المشار إليها فى المادة ٨٧٤ مدنى بما إذا كانت الأراضى واقعة داخل الزمام أو خارجه . فالأراضى الواقعة خارج الزمام بعد مسافة الكيلو مترين المشار إليها هى الأراضى التى تدخل فى نطاق تطبيق المادة ٨٧٤ مدنى ، ويشمل ذلك الصحارى والجبال .

وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ فى شأن الأراضى الصحراوية [1]. ونص فى المادة ٢٧ منه على أن تلغى الأحكام المتعلقة بالأراضى الصحراوية بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ فى شأن تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها كما يلغى كل نص يخالف أحكام هذا القانون .

وقد نصت المادة الأولى من القانون على أنه فى تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بالأراضى الصحراوية الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة ، والواقعة خارج الزمام بعد مسافة كيلومترين .

---

(١) الجريدة الرسمية العدد (٣٥ مكرر) فى ١٩٨١/٨/٣١- وعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره (م٢٩).

ويقصد بالزمام حد الأراضى التى تمت مساحتها مساحة تفصيلية وحصرت فى سجلات المساحة وفى سجلات المكلفات وخضعت للضريبة العقارية على الأطيان .

وبالنسبة للمحافظات الصحراوية يعتبر زماما كردون المدن والقرى القائمة فى تاريخ العمل بهذا القانون والتى تقام مستقبلا وحتى مساحة كيلومترين .

ويصدر رئيس مجلس الوزراء قرارا بتحديد ما يعتبر من المحافظات الصحراوية فى تطبيق أحكام هذا القانون .

وتعتبر فى حكم الأراضى الخاضعة لهذا القانون ، أراضى البحيرات التى يتم تجفيفها أو الداخلة فى خطة التجفيف لأغراض الاستصلاح والاستزراع .

تملك الأراضى غير المنزرعة فى التشريعات المختلفة :

(أولاً) فى ظل التقنين المدنى (المادة ٨٧٤) :

٣٣٦ـ طريقان لتملك الأراضى غير المنزرعة :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٨٧٤ مدنى على أنه : " ولايجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للوائح " . وتنص الفقرة الثالثة منها – قبل إلغائها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤– على أنه :

" إلا أنه إذا زرع مصرى أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى

ولـــو بغير ترخيص من الدولة . ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمسة العشرة سنة التالية للتملك".

ويبيـــن من فقرتى المادة سالفتى الذكر أن للاستيلاء على المال المباح طريقين هما :

١- الترخيص الذى يصدر من الدولة وفقا للوائح المقررة .

٢- الاســـتيلاء بطريق التعمير كما أن هناك طريق آخر تكفله القواعد العامة هو التقادم .

ونعرض لهذه الطرق تفصيلا فيما يلى :

٣٣٧- (أ) الطريقــة الأولى :

الترخيص الذى يصدر من الدولة وفقا للوائح المقررة :

قضـــت الفقرة الثانية من المادة ٨٧٤ بأنه : " لايجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للوائح".

وظاهـــر أن التملك بناء على ترخيص من الدولة لايعتبر تطبيقا لأحكـــام الاستيلاء ، بل إنه على العكس تملك بالعقد ، إذ أن الدولة باعتبارها مالكة قانونا لهذه الأراضى من حقها أن تتعاقد مع الكافة على نقل ملكيتها .

ومع ذلك فقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى ما يأتى :

" وللاســـتيلاء علـــى المـــال طريقان : طريق الترخيص الذى يصـــدر مـــن الدولة وفقا للوائح المقررة ، وطريق الاستيلاء الحر وشرطه التعمير " ، وظاهر ما فى هذا التعبير من خلط واضح [١].

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٦ .

ويجب أن يكون الترخيص بالتملك أو وضع اليد على هذه الأراضى طبقا للوائح المقررة . ولذلك يجب لتفسير هذه الحالة الرجوع إلى القوانين والأوامر الصادرة فى هذا الشأن ، وعلى الخصوص الأمر الصادر فى ١٩ ذى القعدة سنة ١٣٠١ – ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ والذى جعل امتلاك الأراضى البائرة [١] المملوكة للدولة موقوفا على إجراءات معينة .

ونحصل هذه الإجراءات فيما يأتى :

١- تقديم طلب كتابى إلى رئاسة مجلس الوزراء مبين فيه اسم الحوض الكائنة به الأرض التى يرغب الطالب في استغلالها ، والمقدار الذى يريد زرعه بحيث لايزيد عن ألف وخمسمائة فدان إن كانت الأطيان من أراضى الدرجة الأولى (بند ٧ من الأمر العالى) [٢].

---

(١) وهناك أمر عالى صادر فى ٥ نوفمبر سنة ١٨٨٤ جاء فيه :
المادة ١- لاتقبل طلبات بأخذ أراضى من بعد تاريخ نشر هذا الأمر .
المادة ٢- الطلبات السابق تقديمها يجرى ما يلزم نحوها طبقا لأحكام أمرنا المؤرخ ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ .

(٢) ونورد نصوص الأمر العالى التى تشير إلى درجات الأرض :
بند ١- تقسم أراضى الميرى الغير مزروعة إلى ثلاث درجات :
أولا : الأراضى الغير مزروعة التى لايترتب على استغلالها صعوبات ولامصاريف جسيمة .
ثانياً : الأراضى المالحة والأراضى المستنقعة التى يستغرق إعدادها للزراعة مصاريف باهظة .

ثالثا : الأراضى المعروفة بالبرارى التى يترتب على استغلالها مصاريف كلية فضلا عن التكاليف الناشئة من إنشاء المصارف والجسور وغير ذلك .
بند ٢- لايدخل في الثلاث درجات المذكورة قبل أراضى الجزائر أو شاطئ النيل أو شواطئ الترع ، ولا الأراضى الحرة الناتجة من زيادة المساحة وليس عليها أموال مقدرة ، ولا كافة الأراضى الداخلة ضمن زمام البلاد أو الأراضى المخصصة للتصفية ولا جميع تلول السباخ المنتفعة منها أهالى البلاد منفعة عامة مادامت الأتربة المنتفع بها للسباخ باقية فيها .
بند ٣- تعطى أراضى الدرجة الأولى بدون تقرير أموال عليها لمدة معينة تحدد بمعرفة مندوب من مصلحة التاريع بناء على أمر من رئيس مجلس النظار . ويرفق مع المندوب المذكور عمد من أهل الخبرة .
ومدة الإعفاء لاتتجاوز في كافة الأحوال ثلاث سنوات .
وبعد انقضاء هذا الميعاد تربط على هذه الأراضى ، سواء كان مزروعا كلها أو بعضها ، الضريبة الملائمة لحالتها حسب تقدير قومسيون يؤلف من عمد ومن مندوب التاريع تحت رئاسة المدير بعد أن يصدق مجلس الوزراء على التقدير المذكور .
(راجع الأمر العالى الصادر في ١٧ يناير سنة ١٩٨٨ والأمر العالى الصادر في أول مارس ١٨٩٤) .
بند ٤- تعطى أراضى الدرجة الثانية بدون تقرير أموال عليها لمدة يصير تحديدها أيضا بعد المعاينة ، بشروط ألا تتجاوز ست سنوات .
وبعد انقضاء هذه المدة تربط الأموال عنها بالطريقة المنوه عنها في شأن أطيان الدرجة الأولى في البند الثالث .
بند ٥- تعطى أراضى الدرجة الثالثة بدون تقرير أموال عليها لمدة لاتتجاوز عشر سنوات . وبعد انقضاء هذه المدة تربط الأموال عنها بالطريقة المنوه عنها في شأن أطيان الدرجة الأولى في البند الثالث .
بند ٦- على الأشخاص المعطى لهم من أن ينقادوا لكافة القوانين واللوائح التى قررتها الحكومة والتى ستقررها بشأن الأراضى المذكورة.

٢- تعيين مندوب من مصلحة المساحة لمسح الأرض وتحديدها وتقديم تقرير بذلك لمجلس الوزراء (بند ٨ من الأمر العالى) .

٣- تصديق مجلس الوزراء على الطلب وتحرير حجة مشتملة على شروط الترخيص تسلم للطالب .

٤- تسليم الأرض للمالك الجديد بمعرفة مندوب المديرية (بند ٩ من الأمر العالى) .

والحجـة المشـتملة على شروط الترخيص تعتبر سندا بملكية المرخص له ، إذ أن سبب التملك هنا هو التعاقد، والحجة هى وسيلة إثـباته . والرأى الغالب[1] أن الملكية لاتنتقل في هذه الحالة إلا بعد تحرير الحجة وتسليمها فعلا إلى الطالب.

أما الإجراءات التى تسبق تسليم الحجة ، ومنها تصديق مجلس الوزراء على الطلب ، فهى إجراءات تمهيدية داخلية لايحق للطالب التمسك بها كأساس لاكتساب ملكية الأرض .

أمـا إذا تسلم الطالب حجة الترخيص فعلا ، فإنه يجوز له طبقا للقواعـد العامـة أن يجبر الحكومة على تسليمه الأرض التى آلت ملكيـتها إليه بهذا التعاقد ، إذ أن التسليم يعتبر التزاما من التزامات البائع ، فيجوز للمشترى إجباره على تنفيذه .

---

(١) محمـد على عرفه ص ٣٧- عبد النعم الصده ص ٣٥٩ – عبد المنعم البدراوى ص ٣٢١ – السنهورى ص ١٦٥ وما بعدها الهامش .

ومن ثم فإنه يجوز للحكومة أن تعدل عن الترخيص حتى بعد صدور قرار مجلس الوزراء الذى لايعدو كونه قرارا إداريا يجوز سحبه . ولكن بما أن هذا القرار فردى يترتب على سحبه ضرر بمن صدر لصالحه ، فإنه يجوز لمن لحقه ضرر من جراء سحب هذا القرار أن يطالب الحكومة بالتعويض ، بشرط أن يكون السحب قد حصل بعد مضى الستين يوما الذى يحق لجهة الإدارة أن تسحب قراراتها الفردية خلالها . ويكون أساس التعويض في هذه الحالة المسئولية التقصيرية لا العقدية .

ويرى البعض أن الترخيص هنا تصرف قانونى يجب شهره لكونه من التصرفات الناقلة للملكية وفقا للمادة ٩ من قانون تنظم الشهر العقارى [١].

٣٣٨ـ (ب) الطريقة الثانية :

الاستيلاء على الأرض بطريق التعمير :

لم يجعل المشرع الاستيلاء سببا لتملك الأراضى غير المزروعة إلا من قبيل الاستثناء ، وليس أدل على ذلك من صياغة المادة ٨٧٤، فبعد أن قررت في فقرتها الأولى مبدأ كون الدولة هى المالكة لتلك الأراضى ، وطبقت هذا المبدأ في الفقرة الثانية بأن جعلت سبيل تملكها هو التعاقد مع الدولة ، أضافت في فقرتها الثالثة حكما استثنائيا صيغ على النحو الآتى :

---

(١) عبد النعم البدراوى ص ٣٢١ – عبد المنعم الصده ص ٣٥٩ .

" إلا أنه إذا زرع مصرى أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك في الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة " .

ولما كان هذا النص استثنائيا كما ذكرنا فإنه يجب التزام حدوده والتقـيد بقيوده [١]، وقد اشترط المشرع لإعمال هذا النص شرطين هما :

(الأول) أن يكون واضع اليد على هذه الأراضى مصريا ، وقد اسـتحدث هذا القيد في التقنين المدنى الجديد ليحول دون تملك غير المصـريين لهـذه الأراضى التى تعتبر جزءا من إقليم الدولة بهذه الطريقة السهلة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أوجـب المشروع أن يكون المستولى مصريا ، حتى لايتملك أجنبى أرضا مصرية بهذا الطريق السهل " [٢].

ولايشترط للاستيلاء الحصول على ترخيص من الحكومة . وقد حـرص التقنيـن المدنـى الجديد على أن ينص على ذلك صراحة ليقضـى علـى ذلك الخلاف الذى ثار قبل صدوره حول لزوم هذا الترخيص أو عدم لزومه [٣].

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٨ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٩٧.

(٣) محمد كامل مرسى ص ٥٨- عبد المنعم البدراوى ص ٣٢٢ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " بين المشروع بوضوح أن الاستيلاء يترتب عليه التملك في الحال ، وأن الحصول على ترخيص ليس ضروريا في الاستيلاء وهاتان المسألتان مثار للخلاف في التقنين الحالى ، وإن كان نص هذا التقنين لايبرر هذا الخلاف ، فأراد المشروع أن يقضى على كل خلاف في هذا الصدد باستعماله ألفاظا واضحة صريحة " (١).

(الثانى) أن يكون الاستيلاء مصحوبا بالتعمير ، وبعبارة أدق إن التعمير شرط أساسى للتملك بالاستيلاء . ولذلك لاتثبت الملكية لواضع اليد إلا من وقت التعمير ، وهذا تقييد للأحكام التى تقضى بأن التملك بالاستيلاء يتحقق بمجرد وضع اليد على الشيء بنية التملك .

وتثبت الملكية لواضع اليد بمجرد التعمير .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" نص المشرع في المادة ٥٧ من القانون المدنى القديم (المادة ٨٧٤ من القانون المدنى الحالى) على " أما الأراضى غير المزروعة المملوكة شرعا للميرى ، فلا يجوز وضع اليد عليها إلا بإذن من الحكومة ، ويكون أخذها بصفة أبعادية طبقاً للوائح ، إنما كل من زرع أرضا من الأراضى المذكورة أو بنى عليها أو غرس

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٩٧ .

فيها غرسا يصير مالكا للأرض ملكا تاما ... " وبذلك أباح المشرع تملك تلك الأراضى غير المزروعة بإحدى الوسيلتين المبينتين في هذه المادة وهما الترخيص من الدولة والتعمير . وإذ قيد المشرع الوسيلة الأولى وهى الترخيص من الدولة بالتملك بوجوب مطابقته للوائح ، وكان قد نص في الأمر العالى الصادر في ١٩٨٤/٩/٩ بإخراج أراضى الجزائر والأراضى الداخلة في زمام البلاد من نطاق الأراضى غير المزروعة ، فإن هذا القيد – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – ينصرف أيضا إلى التملك بطريق الاستيلاء بالتعمير " .

(طعن رقم ٢١٣ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٦)

وقد جاء بالمادة عبارة " تملك في الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى " والمشرع يعنى بذلك أن المستولى يتملك الأرض بمجرد تعميرها دون حاجة إلى مضى مدة ما . إذ أن سبب الملكية هنا هو الاستيلاء الذى يحدث أثره فورا ، بخلاف التقادم الذى يقتضى مدة معينة .

والمقصود بأعمال التعمير هو زرع الأرض أو غرسها أو إقامة بناء عليها ، كما يكفى لتوافر التعمير جعل الأرض معدة لنوع من أنواع الاستغلال المفيد ، بأن يجعلها صالحة للرعى باستنبات العشب فيها أو صالحة للزراعة بإنشاء المساقى والمصارف ، أو بإعدادها لتكون ملتقى للصائدين ، أو تنصب خيام فيها لتكون مأوى

للـــزراع في موسم الأمطار ، إلى غير ذلك من ضروب الاستغلال التى يقدرها قاضى الموضوع بحسب ظروف كل حالة وملابساتها. فالضابط أن يكون التعمير جديا [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" والمطلـــوب ممـــن يعمر الأرض أن يزرع أو يبنى وفقا لما يمكـــن أن تعـــد له الأرض من أغراض ، فيكفى أن يجعل الأرض مرعى أو يسورها أو ينصب فيها خياما متنقلة "[٢].

وقـــد انـــتقد الفقـــه ما جاء بهذه المذكرة ، لأنها تذكر للتعمير صـــورا تخالف ما يقضى به النص ، ولاتتفق مع غرض الشارع، فلئـــن كان إعداد الأرض للمرعى هو من طرق التعمير فهو إحياء للأرض عن طريق زرعها مراعى ، إلا أنه لايدخل في هذه الطرق تسور الأرض أو تنصيب خيام متنقلة فيها ، لأن هذا ليس من قبيل التعمير الذى ورد في النص [٣].

ويـــبدو أن واضـــعى مذكرة المشروع التمهيدى قد خلطوا بين أمريـــن : أعمـــال الحيازة عموما ، وأعمال التعمير والإحياء التى يســـتلزمها نص المادة ٣/٨٧٤ ، فيصح أن يكون مجرد التسوير أو

---

(١) محمد على عرفه ص ٤٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٩٧ .

(٣) محمـــد على عرفه ص ٤٠- عبد المنعم الصده ص ٣٦٠- عبد المنعم البدراوى ص ٣٢٣ .

الإقامـــة علـــى الأرض في خيام عملا من أعمال الحيازة التى إذا اقترنت بقصد التملك جاز أن تؤدى إلى كسب الملكية بطريق التقادم . ولكـــن مثل هذه الأعمال لايمكن أن تكون كافية لتملكها بالاستيلاء أى بالتعمير والقول بغير ذلك يكون مخالفا لقصد الشارع [1]، الذى نص على هذه الطريقة الخاصة من طرق التملك ليدفع الأفراد إلى التعمـــير وليشـــجعهم على إحياء الأرض الموات ولا يكون ذلك إلا بتعميرها على نحو ما سلف بيانه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الأصـــل أن وضع اليد لا اعتبار له قانونا إلا بالنسبة لمن أراد حـــيازة المـــال لنفسه وحازه بنية تملكه . والأصل في الحيازة أنها دخول المال في مكنة الحائز وتصرفه فيه التصرفات المادية القابل لهـــا غير أنه إذا كان المال من نوع ما يكون الاستيلاء عليه منشئا للملـــك لا ناقلا له إما لكونه غير مملوك أصلا لأحد أو لكونه سبق فـــيه الملـــك لأحـــد ، فإن مجرد دخوله في مكنة من استولى عليه لايكفـــى قانونـــا لاعتبار هذا المستولى منتويا التملك ما لم يكن قد أجرى فيه من الأعمال الظاهرة المستمرة ما يدل على قيام هذه النية لديـــه. فتسوير هذا النوع من المال أو المرور به لايكفى وحده في ثبوت حيازته أو وضع اليد عليه . وأما الأموال التى تتلقى ملكيتها

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣٢٣ .

عـن مالكها بسند معتبر قانونا ، فإن الحيازة فيها ووضع اليد عليها يثبتان لمتلقيها بمجرد تسلمها بالحالة التى هى عليها، والتسلم يعتبر تاما متى وضعت تحت تصرفه بحيث يمكنه الانتفاع بها بدون مانع ولو لم يتسلمها بالفعل ..... الخ " .

(طعن رقم ٤ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٣٩/٥/١١)

ويترتـب على كون التعمير – لا مجرد الحيازة – شرطا لتملك هـذه الأراضى ، أن الحكومة تستطيع المطالبة بإخراج الحائز من الأرض مـادام لم يعمرها . وعلى الحكومة لتنجح في هذا أن تثبت أن الأرض هى من الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها .

وإذا حصل البناء أو الزرع أو الغرس ، تملك البانى أو الزارع أو الغـارس الجـزء المبنى أو المزروع أو المغروس ، كما تمتد ملكيـته إلـى مـا يعتـبر من ملحقات هذا الجزء بالقدر المفيد في استعماله واستغلاله . فمن ذلك أن من بنى منزلا في أرض من هذا القبيل يتملك في نفس الوقت المساحة اللازمة كمتنفس لمطلاته وفقا لما يقضى به القانون [١].

وبمـا أن الملكـية تثبت للمالك في الحال بمجرد التعمير، فإنه يستطيع من هذا الوقت التصرف كما يشاء في ملكه الجديد ، فله أن يؤجـره أو يرهـنه أو يهبه أو يبيعه ، من غير أن يكون للحكومة الحق في الاعتراض عليه .

---

(١) محمد على عرفه ص ٤١ .

وواقعـــة التعمير تكفى لإثبات الملكية دون حاجة إلى أى إجراء آخــر ، فكــون الأرض لم تفرض عليها ضريبة بعد زراعتها ، أو كونهــا لم تقيد في المكلفة باسم المستصلح ، لاينفى عنه كونه مالكا لها طالما أنه قد ثبت قيامه بتعميرها . فإذا نازعت الحكومة واضع الـــيد فـــي ملكيته ، فحسْبه أن يقيم الدليل على تعمير الأرض حتى لاتســـتطيع الحكومـــة حرمانه من الملكية ما لم تثبت انقطاعه عن التعمير مدة خمس سنوات متتوالية في خلال خمس عشرة سنة كما سنرى .

٣٣٩ـ سـقوط الملكـية بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خـلال الخمسى العشرة السنة التالية للتملك :

تنص الفقرة الثالثة من المادة٨٧٤ في عجزها على أن : " ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشـــرة السنة التالية للتملك " – فلئن كان تعمير الأرض يؤدى إلى كسب ملكيتها في الحال – كما رأينا سلفا – إلا أن النص جعل هذه الملكـــية مهددة بالسقوط لعدم الاستعمال ، وذلك على خلاف القاعدة العامـــة الـــتى بمقتضـــاها تعتـــبر الملكية حقا دائما فلا تسقط بعدم الاســـتعمال. فـــإذا لـــم يستعمل المالك الأرض لمدة خمس سنوات متتابعة الخمس العشرة سنة التالية للتملك سقط حقه فى الملكية.

ولا يشـــترط أن تبدأ مدة خمس السنوات منذ بداية التملك وإنما يجـــوز أن تـــبدأ خـــلال مدة خمس عشرة سنة من تاريخ التملك .

ويجـــب أن تكـــون هذه المدة متتالية ، فلا يكفى أن تكون متقطعة . ويترتـــب علـــى هذا أنه إذا مضت من تاريخ التملك عشر سنوات ويـــوم واحد ، فإن الملكية لا يمكن أن تكون معرضة للسقوط بعدم الاستعمال.

فالملكـــية هـــنا ضعيفة تسقط بعدم الاستعمال . ونكون بصدد تقـــادم مســـقط لاتقادم مكسب(١) . ولذلك يجب ملاحظة الفرق بين المدة التى رتب عليها القانون سقوط حق المالك في هذه الحالة وبين انقطـــاع الـــتقادم . فانقطاع التقادم مانع من سريان التقادم المكسب لشـــىء لـــم يكسبه الحائز لعدم ملكيته . أما هنا فإن عدم الاستعمال يؤدى إلى سقوط ملكية اكتسبت بمجرد تعمير الأرض . ويبنى على ذلـــك أن الأعمال التى تعتبر قاطعة للتقادم يجب ألا يقام لها حساب هـــنا ، سواء صدرت هذه الأعمال من جانب الحكومة أو من جانب الغـــير ، فالملكـــية لاتسقط هنا إلا بأمر واحد ، هو عدم استعمالها خمس سنوات على الوجه المتقدم (٢).

وقـــد أراد الشـــارع بهـــذا الحكـــم الاستثنائى أن يضمن تعمير الأرض علـــى نحـــو مستمر . فهو يجعل التعمير سببا للتملك كى يشجع على إحياء الأرض الموات واستثمارها ، ومن ثم يتطلب في هـــذا التعمـــير أن يكون مستمرا . ولهذا اشترط في خمس السنوات

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٣٦١ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٣٢٤ ومابعدها .

الـــتى يــؤدى عـــدم الاستعمال خلالها إلى سقوط الملكية أن تكون متتالية ، لأنه حينئذ تتضح نية الشخص في أن يترك الأرض [١].

وهذه الملكية كما تقول مذكرة المشروع التمهيدى معلقة على شرط فاسخ[٢] . فقد جاء بها :

" ذكـــر المشروع أن الخمس السنين التى يفقد المستولى الملكية بعـــدم استعمال الأرض في أثنائها يجب أن تكون سنين متواليات . فأصـــبح المســـتولى أقل تعرضا لفقد ملكيته في المشروع منه في التقنيـــن الحـــالى الذى لايشترط التوالى . ويكفى في المشروع أن يســتعمل المســـتولى الأرض سنة كل خمس سنوات حتى لايتحقق

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٣٦٢ .

(٢) وعكس ذلك عبد المنعم البدراوى ص ٣٢٥ – فيذهب إلى أن الملكية هنا تعتبر ملكية باتة لاملكية معلقة على شرط فاسخ ، وإن كانت ملكية قابلة للســقوط بعدم الاستعمال خلافا للأصل العام في الملكية . ويترتب على ذلك أن الملكية لو سقطت لعدم استعمالها لم يعتبر المالك الذى بنى أنه قد بـــنى على أرض الغير بسوء نية ، بل يعامل معاملة البانى حسن النية، وهو ما يجمع عليه الشراح ، ولو اعتبر مالكا تحت شرط فاسخ وفسخت الملكية لانقطاعه عن استعمالها خمس سنوات لكان من الواجب اعتباره بانـــيا بسوء نية لأنه هو الذى تسبب في تحقق الشرط الفاسخ فضلا عن أنه كان يعلم به . أما الحقوق العينية التى رتبها فهى تسقط بسقوط حقه، ذلـــك أنـــه تملك ملكية ضعيفة بعدم الاستعمال ، وهو لايستطيع أن ينقل لغــيره أكـــثر ممـــا يملك ، فمن اشترى الأرض تعرض لسقوط ملكيته لسقوط ملكية البائع بعدم الاستعمال .

الشرط الفاسخ لملكيته ، فإذا لم يبق من الخمس عشرة سنة إلا أربع سنوات دون أن يتحقق الشرط الفاسخ ، أصبحت ملكيته باته ، حتى قبل انقضاء الأربع السنوات لاستحالة تحقق الشرط الفاسخ".

وبهذا الرأى أخذت محكمة النقض إذ قضت بأن :

١- " قبل صدور القانونين رقمى ١٢٤ سنة ١٩٥٨ ، ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن تنظيم تملك الأراضى الصحراوية تعتبر الأراضى غير المزروعة التى ذكرتها المادة ٥٧ من التقنين المدنى القديم المقابلة للمادة ٨٧٤ من القانون المدنى الحالى كل أرض غير مزروعة لا تكون مملوكة لأحد من الأفراد ولاتدخل في الأموال العامة ولا في أموال الدولة الخاصة ، فهى الأراضى الموات التى لا مالك لها كالأراضى المتروكة والصحارى والجبال أى أنها الأراضى التى لاتدخل في زمام المدن والقرى ولم تكن بمنزلة الأراضى الداخلة في الزمام والتى تملكها الدولة ملكية خاصة بل هى أرض مباحة يملكها من يستولى عليها ويعمرها وقبل أن يستولى عليها أحد كانت مملوكة ملكية ضعيفة للدولة هى بهذا الوصف أقرب إلى السيادة منها إلى الملكية الحقيقة وقد أباح المشرع تملك هذه الأراضى بإحدى الوسيلتين المنصوص عليهما في المادة ٥٧ سالفة البيان المقابلة للفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدنى الحالى قبل إلغائها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ وهما الترخيص من الدولة أو التعمير. وطبقا لذلك يملك الأرض

التى عمرها سواء بالغراس أو البناء عليها أو بأية وسيلة أخرى في الحـال فور تعميرها ولكن ملكية **تكون معلقة على شرط فاسخ** هو ألا ينقطع عن استعمالها في خلال الخمسة عشر سنة التالية للتملك مـدة خمس سنوات متتالية والتملك هنا يتحقق لابتصرف قانونى بل بواقعـة ماديـة هى واقعة التعمير ، ومادام المعمر قد أصبح مالكا لـلأرض بمجرد التعمير فله أن يتصرف فيها بالبيع وغير ذلك من التصـرفات وسواء انتقلت ملكية الأرض المعمرة إلى خلف خاص كمشـترى أو إلى خلف عام كوارث لها فإنها تنتقل كما كانت وهى فـي ملك المستعمر، ولما كان القانونان رقما ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، ١٠٠ لسـنة ١٩٦٤ لـيس لهما أثر رجعى لذلك تبقى حقوق الغير الثابـتة من الأراضى المذكورة والسابقة على هذين القانونين كما هى لاتمسها أحكامها " .

(طعن رقم ١٢٧٠ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٧)

٢- " لما كان البين أن دفاع الطاعن أمام محكمة الموضوع من أنـه تملك أرض النزاع دون المطعون ضدهما الأولين أسسه على أنها أرض غير مزروعة فى حكم الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القـانون المدنى الحالى قبل إلغائها بالقانون ١٠٠ سنة ١٩٦٤ وبناه على أمرين :

الأول أنه اشتراها من مورث المطعون ضدهما الثالثة والرابعة الـذى بـدأ وضع يده عليها واستعمرها في سنة ١٩١٢ والثانى أن

الطاعن نفسه عمرها بالبناء عليها قبل صدور القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٥٥ بضمها إلى زمام مدينة القاهرة وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى رفض الأخذ بالدفاع الثانى للطاعن مفضلا الأمر الأول من دفاعه الذى بناه على أن سلفه بدأ وضع يده على أرض النزاع ممتلكا لها اعتبارا من سنة ١٩١٢ بالتعمير وهو دفاع جوهرى من شأن ثبوته أن يؤدى إلى تغير وجه الرأى في الدعوى مما يكون معه الحكم معيبا بالإخلال بحق الدفاع والقصور في التسبيب" .

(طعن رقم ١٢٧٠ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٧)

٣٤٠- (ج) (الطريقة الثالثة) :
تملك الأرض بالتقادم المكسب :

هناك طريق ثالث لامتلاك الأراضى المزروعة ، وهو التقادم المكسب ، فالأراضى غير المزروعة معتبرة جزءا من أملاك الدولة الخاصة لا العامة ، إذ أنها ليست مخصصة لمنفعة عمومية بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم . فعلى ذلك يمكن امتلاكها بوضع اليد عليها المدة القانونية تطبيقا للقواعد العامة . وذلك دون إذن مجلس الوزراء (١).

ذلك أن عدم جواز تملك أموال الدولة الخاصة بالتقادم حكم استحدثه الشارع بمقتضى القانون رقم ١٤٧ لسنة١٩٥٧ الذى عدل

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٦١ – وحكم استئناف مصر ١٩ ديسمبر ١٩٢٦ المشار إليه بهامش (٢) من المؤلف السابق .

المادة ٩٧٠ مدنى لأول مرة فقد كانت هذه المادة قبل التعديل تجرى على النحو الآتى :

" في جميع الأحوال لاتكسب الأموال الموقوفة ولاحقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة " وأصبحت بعد التعديل :

" في جميع الأحوال لاتكسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة ، ولايجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم " .

ثم عدلت المادة بعد ذلك بمقتضى القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ وأصبح نصها الآتى :

" في جميع الأحوال لاتكسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة . ولايجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم كما لايجوز التعدى عليها . وفى حالة حصول التعدى يكون للجهة صاحب الشأن حق إزالته إداريا بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة ".

ثم عدلت أخيرا بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ وأصبح نصها الآتى :

في جميع الأحوال لاتكتسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت لحـيازة سدة ثلاث وثلاثين سنة . ولايجوز تملك الأموال الخاصة المملوكــة للدولـة أو للأشـــخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الوحــدات الاقتصــادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة وشــركات القطــاع العام غير التابعة لأيهما والأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى على هذه الأموال بالتقادم .

ولايجوز التعدى على الأموال المشار إليها بالفقرة السابقة وفى حالة حصول التعدى يكون للوزير المختص حق إزالته إداريا ".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- الأراضـــى غــير المنزرعة التى لا مالك لها تعتبر ملكا للدولـــة ملكية خاصة (م٥٧ من القانون المدنى القديم وم ٨٧٤ من القانون الحالى) ومن ثم فهى لاتدخل ضمن الأموال العامة إذ أنها ليست مخصـصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم. ويبـــنى علـــى ذلـــك أن تلك الأراضى - كغيرها من أموال الدولة الخاصـــة -- كـــان يخضع لقواعد التقادم المكسب - شأنها في ذلك شـــأن أمـــوال الأفراد - حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ الـــذى أضاف للمادة ٩٣٠ من القانون المدنى الحالى حكما جديـــدا يقضى بعدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم ".

(طعن رقم ١٢٢ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١١/٨)

٢- " يعتبر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ منشئا لحكم مستحدث ولا أثر له على ما تم كسب ملكيته بالتقادم من أموال الدولة الخاصة قبل العمل به . وقد أكدت ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور بقولها أن ليس له أثر رجعى بالنسبة لما اكتسب فعلا من هذه الأموال بالتقادم قبل صدوره " .

(طعن رقم ١٢٢ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١١/٨)

٣- " لا شأن لنصوص الأمر العالى الصادر في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ الخاص بتقرير الشروط التى تعطى بموجبها الأراضى غير المنزرعة – التى تعتبر ملكا للدولة – والمادتين ٨ ، ٥٧ من التقنين المدنى الملغى بإمكان تملك هذه الأراضى بالتقادم إذ اقتصرت نصوص الأمر العالى سالف الذكر على بيان الشروط التى تعطى بها الحكومة تلك الأراضى لمن يستصلحونها حتى تنتفع الدولة بما تفرضه عليها من الضريبة من بعد ، فهى إنما تنظم حالة نقل ملكية تلك الأراضى من الدولة إلى الأفراد بطريق التعاقد ، وأما المادة ٥٧ من القانون المدنى القديم التى تنص على أنه لايجوز وضع اليد على الأراضى الغير منزرعة المملوكة شرعا "للميرى" إلا بإذن الحكومة فإنها لاتعنى بوضع اليد سوى وضع اليد المجرد عن المدة والمعروف في اصطلاح القانون بالاستيلاء الذى يترتب عليه التملك الفورى وليس وضع اليد المملك بمضى المدة . ويؤكد هذا النظر أولا أن المشرع في القانون المدنى القديم أورد

ضمن أسباب الملكية وضع اليد ، ومضى المدة الطويلة باعتبار كلا منهما سببا مستقلا عن الآخر وأن لكل منهما أحكاما خاصة وقد وردت في المادة ٥٧ سالفة الذكر ضمن أحكام الباب الخاص بالتملك بوضع اليد . ثانيا أن اقتضاء الحصول على إذن الحكومة في حالة التملك بالتقادم – كما يشترط الأمر العالى في وضع اليد– إنما يتعارض مع ما يوجبه القانون على من يريد التملك بهذا السبب من أن يظهر بمظهر المالك طوال المدة التى يتطلبها القانون لوضع يده ، ومن ثم فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على توافر الشروط القانونية في وضع يد المطعون عليه وسلفه مما تجعله بذاته سببا للتملك فلا تثريب على الحكم إن لم يستظهر لشروط التى يتطلبها الأمر العالى سالف الذكر أو تتطلبها المادتان ٨ ، ٥٧ من القانون المدنى القديم " .

(طعن رقم ١٢٢ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١١/٨)

٤– " يجوز إثبات وضع اليد ومدته بالقرائن التى يستقل قاضى الموضوع باستنباطها من وقائع الدعوى والأوراق المقدمة فيها ومن ثم فلا على الحكم المطعون فيه إذا هو استند إلى أقوال الشهود الذين سمعهم خبير الدعوى بغير يمين كقرينة أضافها إلى قرائن أخرى فصلها وهى فى مجموعها تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها " .

(طعن رقم ١٢٢ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١١/٨)

٥- " عدل القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ نص المادة ٩٧٠ من القانون القانون المدني بأن أضاف إليه حكما جديدا يقضى بعدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم وقد اقتصر على تعديل هذا النص ولم يتناول المادة ٨٧٤ من القانون المدنى التى تتحدث عن الاستيلاء باعتباره سببا مستقلا بذاته لكسب الملكية والتى كانت تجيز الفقرة الثالثة منها لكل مصرى أن يتملك بهذا الطريق ما يزرعه أو يغرسه أو يبنى عليه من الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها وذلك بمجرد حصول الزرع أو الغراس أو البناء ودون اشتراط لمضى مدة ما على وضع يده وإنما تفقد هذه الملكية بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمسة عشرة سنة التالية للتملك . أما القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ فقد اقتصر على حظر التعدى على الأراضى التى منع القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ تملكها بالتقادم وتخويل الجهة الإدارية صاحبة الشأن حق إزالة هذا التعدى بالطريق الإدارى ، ومن ثم فلا يكون للتعديل الذى أدخل بالقانونين المذكورين على المادة ٩٧٠ الواردة ضمن النصوص الخاصة بالتقادم المكسب أثر على نص المادة ٨٧٤ من القانون المدنى لاختلاف سبب كسب الملكية في كل منهما " .

(طعن رقم ٩٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٢/٢٠)

(ثانياً) تملك الأراضى الصحراوية طبقاً لأحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بتنظيم تملك الأراضى الصحراوية [١].

٣٤١ ـ دواعى إصدار القانون :

حدا الشارع إلى إصدار القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بتنظيم تملك الأراضى الصحراوية – على ما أفصحت عنه مذكرته الإيضاحية- أن أهمية أراضى الصحراء تزداد يوما بعد يوم نتيجة المشروعات العمرانية التى سيترتب عليها زيادة قيمتها يضاف إلى ذلك أن للمناطق التى تقع بها هذه الأراضى أهمية استراتيجية وعسكرية . ولما كان التمليك في هذه المناطق لايخضع لقواعد قانونية شاملة لذلك رؤى أن ينظم التمليك في هذه المناطق بقانون تحقيقا لما سيترتب عليه بعد ذلك من رفع قيمتها ومنعا للتهريب الذى يباشره كثيرون ويتخذون من هذه المناطق الواسعة مأوى لهم هاربين من ملاحقة العدالة والقانون لهم [٢].

---

(١) الجريدة الرسمية في ٢٤ أغسطس سنة ١٩٥٨ العدد ٢٤ مكررا (ب) ..

(٢) ونعرض فيما يلى للتشريعات التى كانت تحكم التملك في تلك المناطق:

(أ) بعض الأوامر العالية (الديكرينات) التى صدرت في عهد الخديويين الذين حكموا مصر في العهود السابقة كالأمر الذى صدر في سنة ١٢٨٤ هجرية – ١٨٨٤ ميلادية .

وهذه الأوامر العالية كانت تمنح العربان بعض الأراضى لاستغلالها في الزراعة بقصد التعيش من غلاتها دون أن يكون لهم حق ملكيتها ومنحت لهم الأراضى على حجة شرعية تفيد التملك .

(ب) لما صدر القانون المدنى القديم اتجه الرأى إلى اعتبار الأراضى الصحراوية من الأراضى المتروكة التى يجوز تملكها بالاستيلاء الحر طبقا للمادتين ٥٧ و ٨٠ منه .

وسند هذا الرأى أن الأراضى المتروكة هى الأراضى خارج الزمام أى الصحارى .

(ج) صدر الأمر العسكرى رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ بمنع تملك المصريين والأجانب عامة لهذه الأراضى دون سابق إذن من الحكومة كما يمنح تقرير الحقوق العينية للغير دون هذا الإذن ورتب على مخالفة أحكامه البطلان المطلق .

ولم يعترف الأمر العسكرى المشار إليه إلا بالملكيات التى تتم بطريق الميراث وبشرط أن يكون المورث قد تلقى ملكية صحيحة طبقاً للأوامر العالية المشار إليها آنفا أو بطريق البيع من الحكومة للأهالى . بعد إلغاء الأحكام العرفية التى صدر في ظلها الأمر العسكرى رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٥ المشار إليه .

(د) صدر المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ ومد العمل بأحكام الأمر العسكرى المذكور .

وبصدور هذا المرسوم بقانون أصبح ذلك الأمر العسكرى قانونا من قوانين الدولة و بالتالى ظلت الملكية في الأراضى الصحراوية مشروطة بالشروط التى أوردها الأمر العسكرى المشار إليه .

(هـ) ولما صدر القانون المدنى الجديد ثار الجدل حول ما ورد في المادة ٨٧٤ منه والتى تجيز تملك الأراضى بطريق الاستيلاء الحر واشتد الجدل على وجه الخصوص فيما إذا كانت تلك المادة قد نسخت أحكام المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ وانقسم الرأى في هذا الشأن إلى اتجاهين متعارضين :

١- أولهما يرى أن المادة ٨٧٤ من القانون المدنى الجديد ناسخة للمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ لأسباب أخصها أن تلك المادة لاحقة في صدورها للمرسوم بقانون آنف الذكر ومن ثم فقد نسخته .

٢- وثانيهما يقول بعكس ذلك تأسيسا على أن المرسوم بقانون نظم التملك في الأراضى الصحراوية ونظم القانون المدنى الجديد التملك بوجه عام ومن ثم يظل المرسوم بقانون قائما لأنه خاص بمناطق معينة.

وقد أخذت المذكرة الإيضاحية للقرار بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بالرأى الثانى ودللت على ذلك بأن المشرع حينما أصدر القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٥١ بمنع غير المصريين من تملك الأراضى الزراعية وهو لاحق للقانون المدنى الجديد أشار في ديباجة إلى المرسوم بقانون المشار إليه وبذلك فهو يعترف ببقائه قائما .

ويرى الدكتور أحمد سلامه في مؤلفه القانون الزراعى الطبعة الأولى ١٩٧٠ عكس الرأى الذى أخذت به المذكرة الإيضاحية وأن حكم المادة ٣/٨٧٤ حكم خاص وأنه لهذا السبب يكون قد نسخ أحكام المرسوم بقانون، وأن مجرد إشارة قانون إلى قانون سابق لايعنى إحياء هذا القانون أو الإلزام بالقول بأنه قائم متى تبين بحسب قواعد الإلغاء أن القانون المشار إليه قد ألغى فعلا .

٣٤٢ـ كيفية تنظيم الملكية فى القانون :

نظم هذا القانون تملك الأراضى الصحراوية على النحو التالى :

١- يحظر على أى شخص طبيعى أو معنوى أن يتملك بأى طريق كان - عدا الميراث- عقارا كائنا بإحدى المناطق المعتبرة خارج الزمام وقت صدور القرار بالقانون - وكذلك يحظر تقرير أى حق من الحقوق العينية على هذه العقارات ، كما يسرى الحظر أيضا علىعقود الإيجار التى تزيد مدتها على تسع سنوات (١٢/١).

ولوزير الحربية أن يحدد بقرار منه مناطق معينة يحظر فيها التأجير لمدة أقل من تسع سنوات إلا بعد التصريح من اللجنة المشار إليها بالمادة ١٢ من القانون (١ /٢) .

ولوزير الحربية كذلك أن يحدد بقرار منه مناطق معينة لايشملها الحظر المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة (م١/٣).

٢- استثناء من حكم المادة الأولى يجوز لوزير الحربية الترخيص بالتملك أو بتقرير الحقوق العينية أو بالتأجير المشار إليه في المادة المذكورة بعد أخذ رأى اللجنة المنصوص عليها في المادة ١٢ من القانون وله الحق في رفض الترخيص دون إبداء الأسباب ويكون قراره في هذا الشأن نهائيا وغير قابل للطعن فيه أمام أية جهة (م ٢) .

وقد استهدف المشرع منح وزير الحربية هذا الحق لأن الأراضى الصحراوية لها وضعها الاستراتيجى فضلا عن موقعها

العسكرى وإشراف سلاح الحدود على هذه الأراضى وعلى عمليات التهريب ولذلك نصت المادة على أن للوزير الحق في رفض الترخيص بدون إبداء الأسباب وأن قراره فى هذا الشأن نهائى لايجوز الطعن فيه أمام أية جهة قضائية لهذه الظروف (١).

٣- يعتبر باطلا كل تصرف أو تقرير أى حق عينى أو تأجير يقع مخالفا لأحكام القانون (م٣) .

٤- مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يعاقب بالحبس. وبغرامة لاتتجاوز مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من حصل على ترخيص بالتملك أو بتقرير حق عينى أو بالتأجير بطريق الإقرار الكاذب أو بواسطة اسم مستعار أو بأية طريقة احتيالية وذلك فضلا عن بطلان العمل الصادر بشأنه الترخيص (م ٤) .

٥- أن الملكية والحقوق التى تستند إلى عقود مسجلة أو أحكام نهائية سابقة على العمل بهذا القانون أو عقود صدرت من الحكومة ولم تسجل إذا كانت شروط العقد قد نفذت تظل قائمة (م١/٥).

وكل نزاع في شأن هذه الملكية أو الحقوق أو العقود أو الأحكام تفصل فيه اللجنة المنصوص عليها في المادة ١٢ من هذا القانون ويكون حكم اللجنة بعد التصديق عليه من وزير الحربية نهائيا وغير قابل للطعن فيه أمام أية جهة (م ٢/٥) .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مؤدى نص المادة الخامسة من القانون ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ في شـأن تملـك الأراضـى الصـحراوية أن الملكية والحقوق العينية الأخرى التى تستند إلى عقود مسجلة أو أحكام سابقة على نفاذه في ١٩٥٨/٨/٢٤ تظل قائمة .... إلخ " .

(طعن رقم ٢٤٢ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨٢/١/٢٦)

٦- يجوز لشاغلي الأراضي بالبناء أو الغراس الذين لايعتبرون ملاكـا فـي حكـم هذا القانون أن يطلبوا شراء هذه الأراضي أو اسـتئجارها لمـدة تزيد على تسع سنوات ولوزير الحربية قبول أو رفـض الطلـب دون إيداء الأسباب وإذا لم يتقدم شاغلو الأراضي بطلـب شـرائها أواستئجارها في خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القـانون أو كانوا قد طلبوا الشراء أو الاستئجار في الميعاد المشار إلـيه ورفـض طلـبهم يكون لجهة الإدارة الحق في إزالة المباني والغـراس علـى نفقـتها أو إبقائهـا واعتبارها مملوكة للحكومة ولايستحق ملاكها أى تعويض عنها (م ٦).

وقـد تغـيا المشـرع مـن ذلك منح شاغلي الأرض بالبناء أو الغـراس رعايـة خاصـة لمـا بذلوه من جهد وتكاليف في سبيل إصلاحها وتعميرها .

٧- يكون لشاغلي الأراضي بالبناء أو الغراس المشار إليهم في المـادة السادسـة في رقم (٦) في حالة الترخيص لهم بالشراء أو

الاســتئجار الأفضلية على غيرهم ولهم الحق في طلب تقسيط الثمن وفقــا للشروط والأوضاع التى تبينها اللائحة التنفيذية الخاصة بهذا القانون (م٧) .

٨- جمــيع المحــررات المثبتة للملكية أو أى حق من الحقوق العينــية أو لحق الإيجار يجب تقديم إقرار عنها في خلال سنة من تــاريخ العمــل بهذا القانون إلى المديرية أو المحافظة التى تقع في دائرتها العقارات الواردة عليها هذه الحقوق .

ويعاقــب مــن يتخلف عن تقديم الإقرار المشار إليه في الميعاد القانونى بغرامة لاتتجاوز خمسين جنيها (م٨).

وقد تغيا الشارع من ذلك تمكين السلطة القائمة على تنفيذ أحكام هــذا القانون من حصر المحررات المثبتة للملكية والحقوق العينية الأخرى أو حق الإيجار .

٩- يكــون تملــك الأراضـــى التى تروى من مياه الآبار على الوجه الآتى :

(أولاً) فـــي الأحوال التى يكون فيها صاحب البئر غير مالك للأراضى التى تروى من هذه البئر فإن للزارع الفعلى لهذه الأرض أو لجــزء مـــنها الذى لايعتبر مالكا في حكم هذا القانون أن يطلب شــراء أو اســتئجار المســاحة التى يزرعها وفقا لأحكام المادتين السادسة والسابعة من هذا القانون وتلتزم الحكومة بتعويض صاحب البئر عن ملكيتها .

ومــن الــبديهى أنه إذا كان مالك البئر يزرع بنفسه جزءا من الأرض الــتى تروى منها وليس مالكا لهذا الجزء الذى يزرعه فله الحق كباقى الزراع في طلب تملك أو استئجار ما يزرعه [1].

(ثانيا) ملاك الأراضى التى تطمس آبارها بغير تعمد أو تقصير مــن جانــبهم يملكــون بمنطقة الآبار الجديدة التى تنشئها الحكومة مساحات مماثلة لملكيتهم وتؤول ملكية الأراضى التى تطمس آبارها للحكومة (م٩) .

١٠- يجوز نزع ملكية العقارات في المناطق التى يسرى عليها هــذا القــانون والاســتيلاء عليها استيلاء مؤقتا للمنفعة العامة أو للمحافظة على سلامة الدولة وأمنها الخارجى أو الداخلى وذلك دون اتــباع الإجــراءات المنصــوص عليها في القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ الخاص بنزع الملكية عدا مــا يتعلق منها بتقرير التعويض (م ١٠) .

١١- تسرى أحكام هذا القانون أيضا على العقارات والأراضى خارج الزمام بالبلاد ذات الحدود التنظيمية بالمحافظات التابعة الآن لسلاح الحدود والتى يصدر ببيانها قرار من وزير الحربية (م١١).

١٢- يصدر وزير الحربية كافة القرارات المتعلقة بهذا القانون، كمــا يصدر بالاشتراك مع وزير الزراعة اللائحة التنفيذية الخاصة

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقرار بالقانون .

بـه ، وتبيـن هذه اللائحة كيفية الحصول على الترخيص بالتملك وبـتقرير الحقـوق العينـية وبالاسـتئجار سواء أكان ذلك متعلقا بالعقـارات المملوكـة للدولة أم المملوكة للأفراد كما تبين اللائحة كيفـية وشـروط التصرف وتقرير الحقوق العينية والتأجير بالنسبة للعقـارات الخاصة بالدولة كما تبين اللائحة كيفية تشكيل اللجنة أو اللجـان المختصـة بـإبداء الرأى وإجراءات نزع ملكية العقارات والاسـتيلاء مؤقـتا وكافـة الشـروط اللازمة لضمان إستصلاح الأراضي واستغلالها (م ١٢).

٣- يلغى كل نص يخالف أحكام هذا القانون .

وواضح أن الحكم الذى نصـت عليه المادة ٣/٨٧٤ مدنى قـد أصـبح نطاق تطبيقه ضيقا إلى حـد كبير ، وذلك بمقتضى القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ الخاص بتنظيم تملك الأراضى الصحراوية. فقـد رأيـنا أن الأراضى الصحراوية في حكم هذا القانون يراد بها الأراضـى الكائـنة بالمـناطق المعتبرة خارج الزمام ، وهى ذاتها الأراضـى غـير المـزروعة الـتى تناولتها المادة ٨٧٤ مدنى . وبمقتضى هذا القانون يحظر على أى شخص أن يتملك بأى طريق كـان ، عدا الميراث، عقارا كائنا بإحدى هذه المناطق أو أن يكسب حقـا عينيا آخر عن هذا القدر ولوزير الحربية أن يحدد بقرار فيه مناطق معينة لايشملها هذا الحظر.

واستثناء من هذا الحظر يجوز لوزير الحربية الترخيص بالتملك أو بـتقرير الحقوق العينية بعد أخذ رأى لجنة خاصة . فقد أصبح

نطـــاق الحكـــم الـــذي نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة الأخيرة قاصــــرا على المناطق التى لايشملها الحظر المذكور بمقتضى قرار يصدر من وزير الحربية[١].

(ثالثا) تملك الأراضى الصحراوية طبقا للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظـيم تـأجير العقـارات المملوكـة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها [٢].

٣٤٣- إلغاء هذا القانون للفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى :

نصت المادة ٨٦ من القانون على إلغاء الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مـــن القانون المدنى ، وكذا إلغاء تشريعات أخرى وكل نص آخر يخالف أحكام القانون .

وقـــرر رأيـــنا أن هـــذه الفقرة كانت تنص على تملك الأرض بطريق الاستيلاء للتعمير ، إذ جرى نصها على أن :

" إلا أنـــه إذا زرع مصرى أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك في الحال الجزء المزروع أو المغروس" .

٣٤٤- ملكية الأراضى الصحراوية للدولة ملكية خاصة :

تنقسم الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة- طبقا لما نصت عليه المادة الثانية من القانون – إلى ثلاثة أقسام :

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٣٦٠ ومابعدها .

(٢) الجريدة الرسمية في ١٩٦٤/٣/٢٣ العدد ٦٨ .

(أ) " **الأراضـــى الزراعـية** " – وهـــى الأراضى الواقعة داخل الـــزمام والأراضـــى المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلومتريـــن التى تكون مزروعة بالفعل وكذلك أراضى طرح النهر وهـــى الأراضى الواقعة بين جسرى نهر النيل وفرعيه التى يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها والجزائر التى تتكون في مجراه .

(ب) " **الأراضـــى الـبور**" – وهـــى الأراضى غير المزروعة الواقعـــة داخل الزمام والأراضى المتاخمة الممتدة خارج خد الزمام إلى مسافة كيلو مترين .

(ج) " **الأراضـــى الصـحراوية**" وهـــى الأراضـــى الواقعة في المناطق المعتبرة خارج الزمام بعد مسافة الكيلو مترين المشار إليها في البندين السابقين سواء أكانت مزروعة بالفعل أو غير مزروعة أو كانت مشغولة بمبان أو منشآت ثابتة أو غير ثابتة.

وعلى ذلك أصبحت الأراضى الصحراوية بموجب القانون رقم ١٠٠ لســـنة ١٩٦٤ مملوكة ملكية خاصة للدولة . ومن ثم لايجوز قانونا تملكها بالاستيلاء الفعلى كما كان الحال في ظل الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى قبل إلغائها .

٣٤٥ـ تنظيم تملك الأراضى الصحراوية طبقاً لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤:

بعـــد أن نصت المادة الثانية من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ علـــى أن الأراضى الصحراوية مملوكة ملكية خاصة للدولة ، أتت

بعــد ذلــك بنوعيــن من الملكية : **النوع الأول** عبارة عن أحكام انتقالية تقر بها بعض الملكيات .

والــنوع الثانى : ملكيات جديدة على خلاف الأصل الوارد في القانون .

ونعرض لهذين النوعين من الملكية بالتفصيل الآتى :

٣٤٦ـ النــوع الأول من الملكيــات :
الأحكام الانتقالية للملكيات :

(أولا) يعــتد في تطبيق القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بحقوق الملكــية والحقوق العينية الأخرى الواردة على عقارات كائنة ، في إحدى المناطق المعتبرة خارج الزمام في تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لســنة ١٩٥٨ المشار إليه والمستندة إلى عقود تم شهرها أو أحكــام نهائــية ســابقة على هذا التاريخ أو إلى عقود صدرت من الحكومة وتم تنفيذ الشروط الواردة بها ولم تشهر بعد (١/٧٥).

(ثانياً) يعتد بالقرارات النهائية الصادرة وفقا لأحكام القانون رقم ١٢٤ لســنة ١٩٥٨ والتى تضمنت تقرير التملك لبعض الأشخاص بالنسبة إلى ما كانوا يحوزونه من عقارات (م٢/٧٥) .

(ثالثا) يعد مالكا بحكم القانون :

(أ) كــل غارس أو زارع فعلى لحسابه لأرض صحراوية لمدة ســنة كاملة على الأقل سابقة على تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه وذلك بالنسبة إلى ما يقوم بزراعته بالفعل

مـــن تلك الأراضى في تاريخ العمل بهذا القانون وبما لايجاوز الحد الأقصى للملكية العقارية المقررة قانونا .

ولايسرى هذا الحكم على الأراضى التى تزرع جزءا من السنة على مياه الأمطار فقط .

فـــإذا كانت تلك الأراضى تروى من آبار طمست دون تعمد أو تقصير بعد تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ فيجوز أن يعـــوض ملاك تلك الأراضى عنها بمساحات مماثلة لها فى مناطق الآبار الجديدة التى تنشئها الدولة (م٧٥/٣-١) .

فيشترط للتملك فى هذه الحالة شرطان :

الشرط الأول :

الغـــراس أو الاستزراع الفعلى لحساب الزارع أو الغارس لمدة سنة كاملة على الأقل سابقة على تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ :

فاشـــتراط الغـــراس أو الاســـتزراع الفعلى هو الذى يدل على التعمـــير الـــذى من أجل تشجيعه يعترف المشرع بجدارة المواطن للتملك .

واشتراط أن يكون الزرع أو الغرس لحساب الزارع أو الغارس ، وليس لحساب شخص آخر مرجعه أن هذا الشخص هو الذى يكون جديـــرا بالـــرعاية التى يسبغها القانون على المواطن الكادح الذى

يستزرع لحسابه ، ولايرسل عمالا إلى الصحراء يتلقون العنت بينما ينعم هو بمباهج المدينة .

والحكمة من اشتراط استمرار الزرع أو الغرس لمدة سنة كاملة أى متصلة سابقة على تاريخ العمل بالقانون رقم١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، هـو قصر الاعتراف بتلك الملكيات على الحالات التى تزرع فيها الأراضى الصحراوية لمدة سنة زراعية كاملة ، دون الحالات التى تـزرع فيها هذه الأراضى أو تغرس بصفة غير منتظمة جزءا من السنة على مياه الأمطار فقط (١).

وبالرغم من أن عدم الاعتداد بهذا الوضع واضح من سياق هذا الشرط ، إلا أن القانون رغبة منه فى قطع الطريق أمام أى تردد قد خصـه بنص صريح فى المادة (٧٥) إذ جرى عجز الفقرة الأولى مـن المـادة على أن : " ولا يسرى هذا الحكم على الأراضى التى تزرع جزءا من السنة على مياه الأمطار فقط " (٢).

الشرط الثانى :

---

(١) المذكـرة الإيضـاحية للقانون – الدكتور أحمد سلامه القانون الزراعى الطبعة الأولى ١٩٧٠ ص ٦١ ومابعدها .

(٢) الدكـتور أحمد سلامه القانون الزراعى الطبعة الأولى ١٩٧٠ ص ٦١ ومابعدها .

أن يســتمر الاستزراع أو الغراس الذى بدأ قبل العمل بالقانون رقــم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ أى حتى ٢٢ يونيو سنة ١٩٦٤.

فــإذا توقــف هــذا الاســتمرار قبل هذا التاريخ لأى سبب من الأســباب حــتى ولــو بفعل الطبيعة فإن هذا الشرط الثانى ينتفى . وتطبيقا لذلك نصت المادة على أنه إذا كانت الأرض – التى كانت مغروسة مزروعة لمدة سابقة على تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لســنة ١٩٥٨ – تــروى من آبار طمست دون تعمد أو تقصير بعد تــاريخ العمــل بهذا القانون فيجوز أن يعوض ملاك تلك الأراضى عــنها بمســاحات مماثلة لها فى مناطق الآبار الجديدة التى تنشئها الدولة .

وإذن فــإذا كــان طمس الآبار بتقصير من الزراع فإنه لايعتد بملكيــته ولا يعــوض عما كان يزرعه ، أما إذا كان الطمس بفعل الطبيعة فإنه لايعتد أيضا بملكيته ولكن يكون له الحق فى التعويض بقطعة أرض مماثلة يمكن أن تروى من الآبار . ولايعتد بملكيته إلا إذا اســتمر زارعا الأرض – وهو ما يقتضى بالضرورة استمرار مورد المياه – حتى العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤.

ولايشترط فى هذا الاستزراع أن يكون متصلاخلال الفترة التى تقــع بيــن انتهاء السنة المتصلة التى تمت قبل العمل بالقانون رقم

١٢٤ لسنة ١٩٥٨ وبين تاريخ العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فيكفى فى هذه الفترة أن يكون الزرع صيفا أو شتاء . كذلك لايشترط أن يستمر الاستزراع بعد العمل بالقانون المذكور، فهذا الشرط الثانى ينظر إلى توافره فى ٢٢ يونيو سنة ١٩٦٤ لابعد ذلك .

الشرط الثالث :

ألا تزيد مساحة الأرض الصحراوية المستزرعة بذاتها أو مضافة إلى ما يملكه الزراع من أراضى زراعية أخرى على خمسين فدانا ، أو على الحد الأقصى للملكية الزراعية الذى يمكن أن يوضع . وهو شرط منطقى يتمشى مع عدم تجاوز الملكية الزراعية حدا أقصى معين [١].

(رابعا) كل من أتم قبل العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ إقامة بناء مستقر بحيز ثابت فيه لا يمكن نقله منه – وذلك بالنسبة إلى الأرض المقام عليها البناء والمساحة المناسبة التى تلحق به وتعد مرفقا له بحيث لاتزيد على المساحة المقام عليها البناء ذاته على الأكثر وذلك بشرط بقاء البناء قائما حتى تاريخ العمل بهذا القانون .

---

(١) أحمد سلامه ص ٦٣ وما بعدها .

فالـــتملك يشمل البناء والأرض المقام عليها وقدراً من الأرض يلحـــق بها ويعد مرفقا له بحيث لا تزيد على المساحة المقام عليها البناء ذاته على الأكثر ، إذ أن المساحة الأخيرة تعتبر معمرة حكما، ومثل ذلك الأرض التى تستعمل حظيرة للمواشى أو مخزنا للآلات الزراعية أو الحاصلات ، وتقدر هذه المساحة بحسب ظروف الحال كمهنة البانى وعدد أولاده. ومقدار الأرض التى يستزرعها .

ولايشترط أن يكون هذا الملحق قائما فعلا ، بل يكفى أن يكون من المحتمل مستقبلا أن يقوم له ملحق [١].

٣٤٧ـ التحقق من الملكيات التى أقرها القانون :

تحقيقا لما استهدفه القانون من إقرار الملكيات السابقة على نفاذه فـــى الأراضـــى الصـــحراوية ، وتأمين استقرارها وتوفير الحماية القانونـــية لهـــا ، فقد أورد بعض الإجراءات الواجب اتخاذها نحو الإخطـــار عـــن تلـــك الملكيات ، وتحقيقها والفصل فى المنازعات المـــتعلقة بها ، وإصدار المحررات المثبتة لتلك الملكيات المتضمنة الاعتداد بها ثم شهر هذه المحررات ... إلخ .

وتخلص هذه الإجراءات فيما يلى :

---

(١) أحمد سلامه ص ١٦٢ الهامش .

١- يجب على كل ذى شأن من أصحاب حق الملكية والحقوق العينية الأخرى المنصوص عليها فى المادة ٧٥ أن يقدم خلال موعد أقصاه آخر ديسمبر سنة ١٩٦٩ إخطارا إلى المحافظة التى يقع فى دائرتها العقار الوارد عليه حقه وإلى المؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحارى . ويتضمن الإخطار المشار إليه بيان الحق الذى يدعيه مقدمه والمحررات المثبتة له كما يتضمن تحديدا وافيا للعقار الوارد عليه الحق وتحدد اللائحة التنفيذية القواعد والإجراءات التى تتبع فى بحث الإخطارات التى تقدم وفقا لحكم هذه المادة وفى تحقيق الحقوق العينية المثبتة فيها (م ٧٦ مستبدلة بالقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٧) [١].

وقصد بهذا الإخطار تمكين المؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحارى وهى الجهة الإدارية المختصة التابعة لوزارة الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى ، من حصر حالات الادعاء بالملكية والحقوق العينية الأخرى المشار إليها، خلال الميعاد المحدد لذلك، ثم تحقيق تلك الادعاءات وفقا للقواعد والإجراءات التفصيلية التى تحددها اللائحة التنفيذية .

---

(١) وكان النص القديم يجعل الميعاد (خلال سنة من تاريخ العمل بالقانون). فاقتصر التعديل على تعديل هذا الميعاد .

٢- تعتمد نتائج بحث الإخطارات المشار إليها فى رقم (١) وتحقيق الحقوق العينية المثبتة فيها بقرارات من مجلس إدارة المؤسسة المصرية لتعمير الصحارى وتبلغ هذه القرارات إلى ذوى الشأن بالطريق الإدارى (م ٧٧).

٣- إذا قرر مجلس إدارة المؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحارى عدم الاعتداد بحق من الحقوق العينية المثبتة فى الإخطارات المشار إليها فى رقم (١) أو إذا تنازع على حق واحد منها أشخاص متعددون - فترفع المنازعات المتعلقة بالحقوق المشار إليها إلى اللجان المنصوص عليها فى المادة (٣٩) لتفصل فيها (م٧٨).

٤- تصدر المؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحارى "شهادات ملكية" تتضمن الاعتداد بالحقوق العينية الواردة على عقارات كائنة بالمناطق الصحراوية المعتبرة خارج الزمام فى الحالات المنصوص عليها فى رقم (١) وذلك بناء على القرارات الصادرة من مجلس إدارة المؤسسة المتضمنة الاعتداد بتلك الحقوق أو بناء على القرارات النهائية الصادرة من اللجان القضائية المنصوص عليها فى المادة (٣٩) بعد التصديق عليها .

ويتبع فى تحرير الشهادات المشار إليها وفى شهرها الأحكام المنصوص عليها فى المادة (٥٣) .

ويترتـب علـى إيـداع الشـهادات فى مكتب الشهر العقارى المخـتص الآثـار المترتـبة على شهر التصرفات العقارية وتسلم صورها إلى ذوى الشأن بعد أدائهم الرسوم المقررة عليها . (م٧٩)،

وتعتبر هذه الشهادات كاشفة وليست منشئة .

٣٤٨ـ النوع الثانى من الملكيات :

الملكيات الجديدة الواردة فى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ :

ورد النص على هذه الملكيات الجديدة فى الفصل الأول (فى التصرف فى الأراضى البور والأراضى الصحراوية لاستصلاحها) من الباب الثالث (فى الأراضى البور والأراضى الصحراوية) وقد عدلت أحكام هذه الملكيات بالقانونين رقمى ٣٦ لسنة ١٩٦٧ ، ١٧ لسنة ١٩٦٩ كما سنرى .

٣٤٩ـ (أ) ملكيات الأراضى الصحراوية غير المستصلحة :

تخلص أحكام هذه الملكيات فيما يلى :

١- تحدد بقرار من وزير الإصلاح الزراعى واستصلاح الأراضى المناطق التى يجوز أن تباع فيها الأراضى البور والأراضى الصحراوية غير المزروعة لاستصلاحها وذلك بعد التحقق من إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه عن طريق الجهة الإدارية المختصة (م٢٢ مستبدلة بالقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٧) [1].

---

(١) وكانت المادة قبل تعديلها تنص على أن : " تحدد بقرار من وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى - بعد أخذ رأى وزير الأشغال، المناطق التى تباع فيها الأراضى البور والأراضى الصحراوية غير المزروعة لاستصلاحها وذلك بعد التحقق من إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أوغيرها من موارد المياه " .

وواضـــح أن الحكومـــة لاتقـــدم علـــى بـــيع الأراضى البور والصـــحراوية إلا إذا تأكدت أنها قابلة للاستصلاح وأن لها موردا مـــن المـــياه يمكـــن أن تســـتزرع بـــه ، لأنه لا جدوى من القيام باستصـــلاح في حالة عدم وجود مثل هذا المورد أو في حالة عدم كفايـــته أو في حالة عدم التأكد من استمراره ، كما يجب أن يكون لهـــذه الأرض مصارف إذا كانت تحتاج إلى صرف ، ومصدر هذا الوجـــوب نفـــس الحكمة التى أوجبت توافر موارد المياه . وترتيبا علـــى ذلـــك لـــو صدر قرار وزارى بتحديد منطقة معينة وبيعت لاستصـــلاحها ثم ثبت- على الطبيعة – أنها غير قابلة للاستصلاح أو أنـــه لـــيس لهـــا موارد رى كافية فإن البيع يكون قابلا للإبطال لمصلحة المشترى ، إذ يكون قد وقع في غلط جوهرى (١).

٢- يـــتم التصـــرف في الأراضى المشار إليها بطريق المزاد العلـــنى وبشـــرط ألا تتجاوز ملكية المشترى- هو وزوجته وأولاده

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون عن هذه المادة :

" وقـــد قصد بهذا النص توفير التعاون بين وزارتى الإصلاح الزراعى وإصـــلاح الأراضى والأشغال فى شأن تحديد المناطق التى تتوافر فيها المياه الصالحة للرى ، حتى يتم التصرف فى الأراضى البور والأراضى الصـــحراوية المزروعة بعد ضمان توافر مياه ريها والتحقق من إمكان استصلاحها وزراعتها " .

(١) أحمد سلامه ص ٨١ .

القصـــر- المائـــة فدان من الأراضى الزراعية وما في حكمها من الأراضـــى البور والصحراوية – بما فيها المساحة التى يرسو مزاد شرائها عليها إن كان من الأفراد ويكون التزايد على معجل الثمن. ويلـــزم المشترى باستصلاح الأرض التى يرسو مزاد شرائها عليه وزراعتها خلال المواعيد التى تحددها اللائحة التنفيذية .

علـــى أنه يجوز أن تباع بطريق الممارسة الأراضى البور التى تـــتخلل الأراضى الزراعية وذلك بالشروط والأوضاع التى تحددها اللائحة التنفيذية .

وتحدد اللائحة التنفيذية الشروط الواجب توافرها في المتصرف إليهم والمساحة التى يجوز التصرف فيها إلى كل منهم وقواعد تقدير الثمن ومدة سداده وفوائده وسائر أحكام البيع الأخرى والشروط والأوضاع التى يتم بها التزايد (م ٢٣ مستبدلة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٩) [(١)].

ومن البديهى أنه يشترط في المشترى أن يكون متمتعا بجنسية جمهورية مصر العربية إذ المفروض أن الأجنبى لايتملك أرضا زراعية وما في حكمها .

---

(١) وكانت المادة قبل تعديلها تنص على أنه يجوز لوزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى أن يرخص في التصرف في مساحات من الأراضى البور والأراضى الصحراوية غير المزروعة ببيعها بطريق الممارسة إلى الأفراد الراغبين في شرائها لاستصلاحها ، في حدود عشرين فدانا من الأراضى البور أو خمسين فدانا من الأراضى الصحراوية بالنسبة إلى كل مشتر . وذلك بالشروط الآتية :

(١) أن يكون المشترى متمتعا بجنسية الجمهورية العربية المتحدة بالغا سن الرشد من ذوى السمعة الحسنة لم يسبق الحكم عليه بعقوبة جناية أو بالحبس في جريمة مخلة بالشرف ما لم يكن قد رد إليه اعتباره .

(٢) أن يتعهد المشترى باستصلاح الأراضى المبيعة وزراعتها خلال سبع سنوات بالنسبة إلى الأراضى البور وخلال عشر سنوات بالنسبة إلى الأراضى الصحراوية وذلك من تاريخ تسليم الأرض إليه .

وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد البيع بالممارسة وتقدير الثمن وشروط أدائه ومدته وفوائده وسائر أحكام البيع الأخرى (م٢٣) .

وقد عدل المشرع عن البيع بالممارسة بالنسبة للأراضى الصحراوية ، الذى كانت تنص عليه المادة قبل تعديلها ، لأنه قد ينجم عن البيع بالممارسة التصرف في هذه الأراضى إلى أشخاص غير قادرين على زراعتها أو ألا تباع بقيمتها [١].

وقد قصر النص المزايدة على مقدم الثمن ، دون الثمن جميعه ، حتى لا تكون قيمة الأرض المعروضة للبيع مطلقة الحدود عند التزايد على شرائها مما يجعلها عرضة للمضاربات ويجعل ثمنها – الذى يرسو مزاد بيعها به – يفوق قيمتها الحقيقية وهو ما ينعكس أثره غالبا على مقدرة المشترين في استصلاحها واستثمارها [٢]. وترك للدولة تقدير هذا الثمن طبقاً لما تنص عليه اللائحة التنفيذية.

٣٥٠ـ التزامات المشترى :

نصت المادة ٢٣ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ (مستبدلة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٩) في فقرتها الثانية على أن : "يلتزم المشترى باستصلاح الأرض التى يرسو مزاد شرائها عليه وزراعتها خلال المواعيد التى تحددها اللائحة التنفيذية " . ولاشك أنه يقع على عاتق المشترى بجانب هذا الالتزام، الالتزامات التى ترتبها القواعد العاملة قبله .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون ١٧ لسنة ١٩٦٩.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون ١٧ لسنة ١٩٦٩.

وإذ أخل المشتري بالالتزام المنصوص عليه بالمادة أو بأحد الالتزامات الواردة في القواعد العامة ، وقع عليه الجزاء الذى ترتبه القواعد العامة . وقد ألغى القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٩ جزاء كانت تنص عليه المادة ٢٤ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ إذ كانت تجرى على أن :

" إذا لم يقم المشترى باستصلاح وزراعة الأرض البور أو الأرض الصحراوية غير المزروعة المبيعة إليه وفقا لحكم المادة (٢٣) اعتبر العقد مفسوخا من تلقاء ذاته دون حاجة إلى تنبيه أو إعذار أو حكم قضائى . ويلزم المشترى الذى انفسخ عقده بأداء الأجرة المناسبة عن تلك الأرض عن المدة السابقة اعتبارا من تاريخ تسليمها إليه ويستنزل من قيمة هذه الأجرة ما أداه المشترى قبل الفسخ من ثمن وفوائد . وتحدد اللائحة التنفيذية إجراءات وقواعد تقدير الفئة الإيجارية .

كما يلزم المشترى الذى انفسخ عقده بتسليم الأرض بما عليها من منشآت ثابتة إلى الحكومة دون أن يكون له الحق في المطالبة بأية تعويضات عنها ".

كما كانت المادة ٢٥ من القانون المذكور تنص على أنه : "لايجوز التصرف في الأراضى البور والأراضى الصحراوية المبيعة وفقا لحكم المادة (٢٣) ، إلا بعد استصلاحها وزراعتها خلال المواعيد المقررة لذلك .

ويكون التصرف في هذه الحالة إلى صغار الزراع الذين تتوافر فيهم الشروط الآتية :

(١) أن يكونوا متمتعين بجنسية الجمهورية العربية المتحدة بالغين سن الرشد من ذوى السمعة الحسنة لم يسبق الحكم عليهم بعقوبة جناية أو بالحبس في جريمة مخلة بالشرف ما لم يكن قد رد إليهم اعتبارهم .

(٢) أن تكون حرفتهم الزراعة أو الرعى أو الصيد باعتبارها مورد رزقهم الرئيسى .

(٣) ألا يزيد مجموع الأرض المتصرف فيها لكل واحد من صغار الزراع المشار إليهم وما يملكه هو وزوجته وأولاده القصر على عشرة أفدنة من الأراضى الزراعية والبور والأراضى الصحراوية المستصلحة .

كما كانت المادة (٢٦) تنص على أنه : " يجوز لوزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى أن يرخص في بيع مساحات تجاوز العشرين فدانا من الأراضى البور أو خمسين فدانا من الأراضى الصحراوية غير المزروعة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة بشرط أن تتم استصلاح وزراعة ما تشتريه من الأراضى خلال عشر سنوات من تاريخ تسليمها إليها وإلا سرت بالنسبة إليها أحكام المادة ٢٤ .

وتلـــتزم الأشـــخاص الاعتــبارية المشـــار إليها باتباع القواعد والأحكام المنصوص عليها في المادة ٢٥ " .

إلا أن هاتين المادتين ألغتيا بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٩.

٣٥١- (ب) ملكيات الأراضى الصحراوية المستصلحة :

١- " يــتم التصرف في الأراضــى الصحراوية التى تعهد الدولة باستصـــلاحها للأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة إما بتسليمها إلى المؤسسات والهيئات العامة التى يعهد إليها بزراعتها واستغلالها وإدارتهـــا أو بتوزيعها ، أو بتسليمها إلى المؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحارى لتوزيعها وفقا لأحكام هذا القانون أو يتم التصرف فـــيها بالبيع طبقا للقواعد والشروط التى تحددها اللائحة التنفيذية- وذلـــك بـــناء على قرار من وزير الإصلاح الزراعى واستصلاح الأراضى طبقاً لما تقرره الدولة من خطط وبرامج.

وبالنســبة إلى ما يتقرر توزيعه من هذه الأراضى يتم التوزيع علـــى صغار الزراع وخريجى المعاهد الزراعية بحيث يختص كل مـــنهم بملكـــية جديدة لاتقل عن أربعة أفدنة ونصف ولاتزيد على سبعة أفدنة ونصف تبعا لجودة الأرض والحالة الاجتماعية للمنتفع (م٣٠ مستبدلة بالقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٧) [١].

---

(١) وكانت هذه المادة قبل تعديلها – تنص على أن :

والحكم الأول الوارد بالمادة (٣٠ المستبدلة) قد أضاف أحكاما مماثلة لتلك الواردة في النص المعدل للمادة (٩) من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٤ بالنسبة للأراضى البور المستصلحة لذات الأسباب وبقصد تمكين الدولة من حسن استغلال الأراضى الصحراوية المستصلحة على خير وجه ، وحتى يتيسر لها إسناد استغلال الأراضى الصحراوية المستصلحة وزراعتها إلى من يحسن ذلك تبعا لطبيعة هذه الأراضى ومساحتها وموقعها ، وظروف السكان فيها وتبعا لحاجة البلاد من الحاصلات الزراعية المختلفة ... إلخ والحكم الثانى من المادة (٣٠ المستبدلة) مطابق لما جاء بالنص القديم وقد قصد به تحديد القواعد الأساسية لتوزيع الأراضى الصحراوية المستصلحة والتمهيد لسائر أحكام التوزيع الواردة في باقى نص المادة وفى المادتين (٣١، ٣٧).

على صغار الزراع وخريجى المعاهد الزراعية بحيث يختص كل منهم بملكية جديدة لاتقل عن أربعة أفدنة ونصف ولاتزيد على سبعة أفدنة ونصف تبعا لجودة الأرض والحالة الاجتماعية للمنتفع .

ويشترط فيمن توزع عليه الأرض الصحراوية المستصلحة ما يأتى :

(١) أن يكون متمتعا بجنسية مصر العربية .

الصـــحراوية المستصلحة والتمهيد لسائر أحكام التوزيع الواردة في باقى نص المادة وفى المادتين (٣١، ٣٧).

وقيد النص حرية التصرف فى الأراضى الصحراوية المستصلحة علـــى الـــنحو المتقدم بناء على قرار من وزير الإصلاح الزراعى واستصلاح الأراضى – باعتباره الوزير المختص– بأن يكون ذلك طبقا لما تقرره الدولة من خطط وبرامج في هذا الشأن [1].

٢- تكون الأولوية في توزيع الأراضى الصحراوية المستصلحة وفقا لحكم المادة (٣٠) على الترتيب الآتى :

أولاً : لمن أضير في مورد رزقه بسبب أعمال الاستصلاح من المقيمين في منطقتها .

ثانـــياً : مـــا يتبقى من الأرض المستصلحة بعد ذلك يخصص نصـــفه للـــتوزيع على أهل المناطق المزدحمة بالسكان التى يصدر بتحديدها قرار من وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى – وذلك وفقا للترتيب الآتى :

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣٦/ ١٩٦٧ .

(أ) خـــريجى المعـــاهد الزراعية وعمال التراحيل الذين عملوا بصـــفة دائمـــة فـــي استصـــلاح الأرض محل التوزيع وتعميرها واستزراعها .

(ب) جـــنود القـــوات المســـلحة الذين تم تسريحهم حتى تاريخ التوزيع .

(ج) من يقبل الهجرة إلى منطقة الاستصلاح من أهالى المناطق المزدحمة المشار إليها .

ثالـــثا : النصـــف الثانى من باقى الأرض المستصلحة – يوزع على الترتيب الآتى :

(أ) خـــريجى المعاهد الزراعية والعمال الزراعيين الذين عملوا في استصلاح الأراضى الموزعة واستزراعها بصفة دائمة من أهل المنطقة محل التوزيع أو من أهل المناطق الأخرى غير المزدحمة.

(ب) جـــنود القـــوات المســـلحة الذين تم تسريحهم حتى تاريخ التوزيع من أهل المناطق غير المزدحمة .

(ج) أهـــل المنطقة الواقعة بها الأرض محل التوزيع والمناطق المجاورة لها .

ويفضل من بين أصحاب كل مرتبة من مراتب الأولوية المشار إليها من يكون أكثر عائلة وأقل مالا (م٣١) .

وقـــد فـــرض البـــند (أولا) من المادة (٣١) المرتبة الأولى من الأولويـــة في الانتفاع بالتوزيع لمن يكون قد أضير في مورد رزقه

بسبب أعمال الاستصلاح من المقيمين في منطقتها (منطقة التوزيع) وهـذا الحكـم فـي مجال الأراضى الصحراوية المستصلحة يقابل النص الذى يقرر الأولوية في توزيع الأراضى الزراعية لمن يكون واضـعا يده عليها ، وقائما بزراعتها فعلا . مع تطوير هذه القاعدة وتعديلهـا علـى نحـو يتفق وطبيعة الأراضى الصحراوية وواقع الحال بالنسبة إلى ظروف استغلالها .

ذلـك أن الفـرض الأساسـى الـذى تقوم عليه قواعد توزيع الأراضى الصحراوية المستصلحة ، هو أن هذه الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة – كانت غير مزروعة . ثم عهدت الدولة إلى الأشـخاص الاعتـبارية العامـة أو الخاصة المتخصصة – بالقيام باستصـلاحها وتعمـيرها وزراعتها تمهيدا لتمليك تلك الأراضى– بطـريق الـتوزيع– للمواطنين الذين تتوافر فيهم الشروط المقررة لذلك والمنصوص عليها في المادة (٣٠) .

ولـيس من المتصور في ظل هذا الغرض الأساسى قيام وضع يـد يحمـيه القـانون لآحاد من الناس على الأراضى الصحراوية المستصـلحة المشـار إلـيها . كما أنه لا يتصور وجود مزارعين فعليين لها يقر القانون حيازاتهم .

ولكـن يقوم إلى جانب هذه الحالة العامة والغالبة في مجال هذا الـنوع من الأراضى – حالات واقعية أخرى يتحقق فيها أن يترتب علـى أعمـال الاستصـلاح الإضرار ببعض المواطنين والمساس

بمـــوارد أرزاقهـــم . بـــل وحرمانهم منها أحيانا . ومن أمثلة هذه الحالات الواقعية أن تتجه الدولة إلى تجفيف بعض البحيرات الواقعة فـــي مـــناطق صـــحراوية (خـــارج الـــزمام) وتستصلح أراضيها وتســـتزرعها وتعدها للتوزيع على صغار الزراع . ففى هذه الحالة يكـــون من المتوقع أن يضار المواطنون الذين كانوا يشتغلون بصيد الأسماك في البحيرات - في مورد رزقهم وهو الصيد وقد يصعب علـــيهم بحكم ظروفهم الاجتماعية والمادية - الانتقال من المناطق الواقعـــة فـــيها تلك البحيرات إلى مناطق أخرى يكون الصيد فيها متاحا وميسورا. ومن أمثلة هذه الحالات الواقعية أيضا - أن تشمل مـــنطقة الاستصـــلاح أجزاء من الأراضى الصحراوية يعيش فيها بصـــفة مســـتقرة مواطـــنون يعملـــون برعى الأغنام والماشية أو بالـــزراعة ، ويعتمدون في الرعى والزراعة على مياه الأمطار أو علـــى مـــوارد المـــياه الطبيعية المتوافرة في تلك الأراضى ، ومن الواضـــح فـــي مثل هذه الحالة أن أعمال الاستصلاح سوف تنزل الضـــرر بهـــؤلاء المواطنين ، وتحرمهم من مورد رزقهم الرئيسى ســـواء بالنســـبة إلى الرعى أو بالنسبة إلى الزراعة الموسمية التى كانوا يمارسونها خفية دون ترخيص من الدولة - وقد يصعب على أولـــئك المواطنيـــن الانـــتقال إلى مناطق أخرى قريبة تتوافر فيها الأمطار أو موارد المياه الطبيعية التى تهئ لهم الحياة في الصحراء. وكذلك من أمثلة الفروض الواقعية التى نحن بصددها . أن يقتضى

تنفيذ برامج استصلاح الأراضى الصحراوية التى تقررها الدولة أن تمـتد منطقة الاستصلاح فتشمل أجزاء من الأراضى المؤجرة من الدولــة لأفــراد من المواطنين أو المبيعة إليهم منها . بل وقد تمتد أيضـــا إلى أجزاء من الأراضى تكون مملوكة لأولئك المواطنين ، وذلــك إمـــا لوقوع هذه الأجزاء من الأراضى أو تلك داخل منطقة الاستصـــلاح أو لـــتداخلها فـــيها . وفى هذه الحالة يكون محققا أن يترتـــب علـــى أعمـــال الاستصلاح الإضرار بالحائزين للأراضى المشار إليها من مستأجرين وملاك نتيجة حرمانهم من مورد رزقهم الرئيسى كليا أوجزئيا .... الخ .

وقـــد قـــدر المشـــرع أن المواطنين الذين يضارون في موارد أرزاقهم بسبب أعمال الاستصلاح – ممن يقيمون في منطقتها – في الحالات المشار إليها وفى غيرها من الحالات المماثلة يكونون أولى بالرعاية وأجدر بالانتفاع بتوزيع الأراضى المستصلحة ممن عداهم من المواطنين الآخرين الذين لم تتأثر أرزاقهم بأعمال الاستصلاح . ولم يلحقهم أى ضرر منها وذلك تعويضا لهم عما لحقهم من ضرر غير متعمد نتيجة تنفيذ مشروعات استصلاح الأراضى الصحراوية التى تبتغى تحقيق الصالح العام للمجتمع .

وقضـــت المـــادة بـــأن مـــا يتـــبقى من الأرض الصحراوية المستصـــلحة ، بعد التوزيع على من أضير في مورد رزقه بسبب أعمـــال الاستصـــلاح من المقيمين في منطقتها – يخصص للتوزيع

مناصفة بين أهالى المناطق المزدحمة بالسكان في إقليم الجمهورية بمحافظاتــه المختلفة ، وبين أهالى المنطقة الصحراوية الواقعة فيها الأرض المستصــلحة محــل التوزيع وأهالى المناطق الأخرى غير المزدحمة بالسكان في إقليم الجمهورية .

وقــد روعى في هذا الحكم أن كل أرض صحراوية تمتد إليها الحــياة وتستصــلح وتســتزرع ، يجــب أن يشــترك في ملكيتها المواطنون الذين تضيق بهم سبل الحياة وموارد الرزق في المناطق المــزدحمة بالسكان في بلادنا ، جنبا إلى جنب وعلى قدم المساواة بين المواطنين المقيمين في منطقة الاستصلاح الصحراوية وغيرهم مــن أهالى المناطق المماثلة غير المزدحمة بالسكان في الجمهورية - ممــن يقــبلون طواعية الهجرة من مواطنهم الأصلية إلى مناطق الاستصـــلاح سعيا وراء الرزق أو رغبة في تحسين حالتهم المادية وكســب ملكية نصيب عادل من أرض وطنهم . وبهذا كفل القانون لكــل طوائف المواطنين الجديرين بالرعاية ، حقا معلوما في ملكية أراضـــى الدولة الواقعة في المناطق الصحراوية التى تعد للتوزيع بعد استصلاحها وتعميرهاوزراعتها .

وقــد راعــت المـــادة لأول مرة في التشريع تقرير حق عمال التراحــيل فـــي الملكــية العقارية - وقد روعى في هذا أن الميثاق الوطــنى قد فرض لكل مواطن نصيبا عادلا من ثروة وطنه ، وأنه قضـــى بضـــرورة توسيع نطاق الملكية العقارية بإتاحة الحق فيها للأجــراء . كمـــا روعى في ذلك أن العمال المشار إليهم يسهمون

بجهــد ضخم في قهر الصحراء والبوار، وفى بعث الحياة الخلاقة إلــى الأراضـــى الجديــدة الــتى يعملون في استصلاحها وتعميرها وزراعــتها، ولهــذا فــإنهم يفضــلون سواهم من المواطنين الذين لايعملــون فـــي هذا المجال من مجالات العمل الوطنى بالنسبة إلى ملكية تلك الأراضى.

وكذلــك روعـــى في هذا الحكم أن عمال التراحيل يقبلون على العمــل فــي مـــناطق الاستصلاح النائية ، لقاء أجور زهيدة تسد حاجتهم إلى مطالب الحياة الضرورية ومستلزماتها أو تكاد وأن من صـــالح المجــتمع أن يوفر لهؤلاء العمال مقومات الحياة الكريمة. ويهــئ لهــم الاستقرار في مواطنهم الجديدة التى انتقلوا إليها سعيا وراء الــرزق بعد أن ضاقت بهم سبل الحياة في مواطنهم الأصلية المــزدحمة بالسكان وأنه مما يدعم توطن أولئك العمال واستقرارهم فــي مـــناطق الاستصلاح أن تمنحهم الدولة الحق في ملكية بعض أراضـــيها الـــتى اسهموا في استصلاحها وبذلوا الجهد والمشقة في سبيل إحياء مواتها .

وقضـــى البـــند (ثانــيا) من المادة بأن يصدر بتحديد المناطق المـــزدحمة بالســـكان المنصـــوص علـــيها فيه - قرار من وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى وبديهى أن هذا التحديد سيتم بناء على البيانات والإحصاءات السكانية الرسمية ، وما يتوافر من الدراسات المتعلقة بتوزيع القوى البشرية وموارد الثروة بين الأقاليم

والمحافظـــات المخـــتلفة ، والـــبحوث الخاصـــة بمستويات العمالة والدخول الفردية في تلك الأقاليم والمحافظات .... الخ [١].

٤- تحدد اللائحة التنفيذية قواعد تقدير ثمن ما يتم التصرف فيه مـــن الأراضـــى الصحراوية المستصلحة سواء بطريق التوزيع أو البـــيع وشـــروط أداء الثمن ومدته وفوائده ، وسائر أحكام التوزيع والبيع الأخرى (م ٣٣ مستبدلة بالقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٧) .

وكان النص قبل تعديله يقصر ذلك على حالات التوزيع فحسب.

٥- لوزيـــر الحربـــية بعد أخذ رأى وزير الإصلاح الزراعى وإصـــلاح الأراضـــى أن يحدد بقرار منه المناطق التى يحظر فيها الـــتملك لأغـــراض عســـكرية (م٣٥) . وقد تغيا المشرع من ذلك مـــراعاة الاعتـــبارات المتعلقة بالمحافظة على سلامة الدولة وأمنها القومى الخارجى والداخلى .

ولوزيـــر الحربـــية اتخـــاذ إجـــراءات نـــزع ملكية الأراضى الصـــحراوية أو الاســـتيلاء علـــيها استيلاء مؤقتا إذا اقتضت ذلك دواعـــى المحافظـــة علـــى سلامة الدولة وأمنها القومى الخارجى أوالداخلى وذلك دون اتباع الإجراءات المنصوص عليها في القانون رقـــم ٥٧٧ لســـنة ١٩٥٤ المشـــار إليه عدا ما يتعلق منها بتقدير التعويض .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ .

وتحـــدد اللائحـــة التنفيذية الإجراءات التى تتبع في نزع ملكية العقارات الصحراوية والاستيلاء المؤقت عليها في الأحوال المشار إليها (م٣٦) .

ويكون للحائزين الفعليين الذين ألغيت حيازتهم بالتطبيق لأحكام المـــادة الســـابقة الحق في اقتضاء تعويض عينى وفقا للقواعد التى تحددهـــا اللائحة التنفيذية أو تعويض نقدى وفقا لأحكام القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ (م٣٧) .

ويجوز عند الضرورة بقرار من وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى تجنيب أصحاب الملكيات التى تتخلل مناطق الاستصلاح فـــي مكـــان واحـــد وتعويضهم عنها عينا بأراضى أخرى مما يتم استصـــلاحه أو تعويضهم نقدا وفقا لأحكام القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ إذا استلزمت ذلك أعمال الاستصلاح وتحدد اللائحة التنفيذية شروط التجنيب وإجراءاته وقواعد التعويض العينى (م٣٨).

٣٥٢- (ج) حـق شـاغلى الأراضى الصحراوية فى شراء هذه الأراضى :

كانت المادة ٨٠ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ تنص على أن :

" يجوز لشاغلى الأراضى الصحراوية بالبناء أو بالغراس الذين لايعتـــبرون ملاكـــا فـــي حكـــم هذا القانون أن يطلبوا شراء هذه الأراضـــى أو اســـتئجارها لمدة لاتزيد على تسع سنوات . فإذا لم

يتقدموا بهذا الطلب خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون أو طلبوا ذلــك ورفــض طلــبهم فــيكون للمؤسسة المصرية العامة لتعمير الصــحارى الحــق في إزالة المبانى والغراس القائم في الأراضــى المشار إليها أو استبقائها واعتبارها مملوكة للدولة " .

ونصت المادة ٨١ من القانون على أن :

" يكــون لشــاغلى الأراضـــى الصحراوية بالبناء أو الغراس المنصــوص علــيهم في المادة السابقة في حالة الترخيص لهم في الشــراء أو الاســتئجار الأولوية على غيرهم في ذلك ويجوز لهم طلــب تقسيط الثمن في حالة البيع – وفقا للشروط والأوضاع التى تبينها اللائحة التنفيذية " .

فقــد أجازت المادتان لشاغلى الأراضى الصحراوية بالبناء أو الغراس شراء أو استئجار هذه الأراضى ويشترط لذلك .

١- أن يكون هناك شغل للأرض الصحراوية بالبناء أو الغراس بالتفصيل الذى ذكرناه سلفا .

٢- ألا يكون الشاغل معتبرا مالكا للأرض طبقا لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، لأنه لن يكون هناك مبرر للإجازة الواردة بالمادتين . وتعد هذه الإجازة رعاية لهؤلاء الشاغلين .

٣- أن يــتقدم شاغل الأرض يطلب شراء الأرض التى يشغلها خــلال ســنة من تاريخ العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ أى خــلال سنة تبدأ من انقضاء ثلاثة أشهر على نشر القانون بالجريدة

الرســمية في ١٩٦٤/٣/٢٢، وقد مد هذا الميعاد بموجب المادة ١٤ من القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٧ الذى عدل المادة (٨٠) إلى موعد أقصاه آخر ديسمبر سنة ١٩٦٩ .

وقــد منحــت المادة ٨١ هذا الشاغل في حالة الترخيص له في الشــراء الأولوية على غيره في ذلك وأجازت له طلب تقسيط الثمن وفقا للشروط والأوضاع التى تبينها اللائحة التنفيذية .

وقــد جــاء ذلــك تمشيا مع منطق الرعاية التى رؤى توفيرها لشــاغلى هــذه الأراضى تقديرا لما بذلوه من جهد وما تحملوه من نفقات في سبيل تعمير تلك الأراضى واستزراعها [1].

٣٥٣ـ جزاء عدم تقديم الطلب أو رفضه :

إذا لم يتقدم الشاغل بطلب شراء الأرض التى قام بتعميرها في المــيعاد المحــدد، أو تقــدم بالطلب ولكنه رفض ، كان للمؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحارى الحق في إزالة المبانى والغراس القائم في الأرض ، أو استبقائها واعتبارها مملوكة للدولة .

ومفــاد هذا الجزاء أن المشرع عامل البانى أو الغارس معاملة ســئ النية ، تطبيقا للمادة ٩٢٤ مدنى، ولم يطبق عليه قواعد البناء بحســن نــية مع أن من هؤلاء البانين أو الغارسين من كان حسن

---

(١) المذكرة الإيضاحية القانون رقم ١٠٠ سنة ١٩٤٦ .

النـــية بـــلا جدال ، وكان يستند على تصريح من نص المادة ٨٧٤ مدنى .

وعلـــى ذلك يجب تطبيق قواعد البناء بسوء نية كاملة، ولايمنع مـــن هذا التطبيق سكوت المادة (٨٠) من إيراد بقية هذه القواعد . وترتيــبا علـــى ذلك إذا رأت الحكومة استبقاء المنشآت فإنها تلتزم بدفـــع قيمـــتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى مازاد من ثمن الأرض بســـبب هذه المنشآت (م٩٢٤/١ مدنى) . كما أنه يكون لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لايلحق بالأرض ضررا إلا إذا اختارت الحكومة استبقاءها مستحقة الإزالة (م٩٢٤/٢) [١].

٣٥٤ـ تيسيرات مقررة للمشترين :

كانت المادة ٨٤ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ تنص على أن يعفى من فوائد التأخير المستحقة حتى تاريخ العمل بهذا القانون مشـــترو الأراضـــى الزراعية والأراضى البور والصحراوية التى تسرى عليها أحكام هذا القانون ممن تقل الملكية الخاصة لكل منهم ومـــاتم التصـــرف إلـــيه مـــن تلك الأراضى عن خمسة أفدنة من الأراضـــى الزراعـــية أو خمســـة عشر فدانا من الأراضى البور والأراضى الصحراوية .

---

(١) أحمد سلامه ص ٨٤ وما بعدها .

ويــؤدى ما تأخر على هؤلاء المشترين حتى تاريخ العمل بهذا القــانون مــن الثمن على أقساط سنوية متساوية خلال المدة الباقية المتفق على الوفاء بالثمن بها .

ولمــا صــدر القــانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٧ عدل هذه المادة فأصـــبحت تنص على أن : " يعفى من فوائد التأخير المستحقة حتى تــاريخ العمــل بهذا القانون مشترو الأراضى الزراعية والأراضى الــبور والصـــحراوية الــتى تسرى عليها أحكام هذا القانون ممن لاتجــاوز المســاحة المتصـــرف فـــيها لكل منهم عشرة أفدنة من الأراضـــى الزراعـــية أو خمســـة عشر فدانا من الأراضى البور والصـــحراوية ويــؤدى هؤلاء المشترون باقى الثمن وملحقاته على أقســاط ســنوية متســاوية مقدارها مثلا الضريبة العقارية الأصلية المــربوطة أو المقدرة على الأرض المبيعة للفدان الواحد أو القسط الحــالى – أى المبلغيــن أقل – بحيث لايجاوز أجل التقسيط ثلاثين سنة من تاريخ العمل بهذا القانون .

فــإذا كانت المساحة المتصرف فيها تزيد على عشرة أفدنة من الأراضـــى الزراعـــية أو خمســـة عشر فدانا من الأراضى البور والصـــحراوية ولاتجــاوز الخمســـة والعشرين فدانا من الأراضى الزراعـــية والـــبور والصحراوية بالنسبة لكل فئة فيؤدى المشترون بـــاقى الثمـــن وملحقاته على أقساط سنوية متساوية مقدارها أربعة أمثال الضريبة العقارية الأصلية المربوطة أو المقدرة على الأرض

المبيعة للفدان الواحد أو القسط الحالى - أى المبلغين أقل - بحيث لايجاوز أجل التقسيط عشرين سنة من تاريخ العمل بهذا القانون .

وفى كلتا الحالتين المنصوص عليهما في هذه المادة تخفض الفوائد السنوية المستحقة على أقساط الثمن إلى ½١% سنويا . وتحسب الفائدة باعتبارها فائدة بسيطة وبما لا يتعارض مع الأحكام السابقة " .

وهذا النص - بعد تعديله - يقسم المشترين للأراضى الصحراوية - وهى التى تعنينا هنا - من حيث التيسيرات التى نص عليها إلى ثلاث فئات ، بحسب المساحة التى تم التصرف فيها إليهم ، بصرف النظر عما يملكه المشترى من ملكية خاصة بغير هذا الطريق [١]. وهذه الفئات هى :

الفئة الأولى :

المشترون الذين لاتتجاوز المساحة المتصرف فيها لكل منهم خمسة عشر فدانا من الأراضى البور والصحراوية . فالأرض البور تأخذ حكم الأرض الصحراوية .

الفئة الثانية :

المشترون الذين لاتجاوز المساحة المتصرف فيها إلى كل منهم المساحة الخاصة بالفئة الأولى ولاتجاوز الخمسة والعشرين فدانا

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٧.

مــن الأراضـــي الزراعية والبور والصحراوية بالنسبة لكل فئة . ومعـــنى ذلك أن الأراضى الزراعية تعتبر فئة ، والأراضى البور والصـــحراوية تعتبر فئة أخرى . ومن ثم يعتبر المشترى من الفئة الثانـــية ولـــو كـــان قد اشترى ٢٥ فدانا من الأرض الصحراوية ، وعشـــرين مـــثلا من الأراضى الزراعية . فالحد الأقصى لايحسب علـــى أســـاس مجموعـــة مساحة الفئتين وإنما يحسب على أساس مساحة كل فئة على حدة (١).

الفئة الثالثة :

المشـــترون الذين تتجاوز المساحة المتصرف فيها إلى كل منهم القـــدر المبيـــن فـــي الفـــئة الثانية أى الخمسة والعشرين فدانا من الأراضـــى الزراعية والخمسة والعشرين فدانا من الأراضى البور والأراضى الصحراوية .

والفئة الأولى تتمتع بتيسيرين :

الأول : الإعفـــاء من فوائد التأخير المستحقة حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ .

الـــثانى : أداء باقى الثمن وملحقاته على أقساط سنوية متساوية مقدارها مثلا الضريبة العقارية الأصلية المربوطة أو المقدرة على

---

(١) أحمد سلامه ص ٩٧ هامش (٢) .

الأرض المبيعة للفدان الواحد أو القسط الحالى - أى المبلغين أقل - بحيث لايجاوز أجل التقسيط ثلاثين سنة من تاريخ العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ .

وبذلك أفسح التعديل مجال تطبيق هذا التيسير الجديد ليشمل كل مشتر لاتجاوز المساحة المتصرف إليه فيها الخمسة عشر فدانا من الأراضى البور أو الصحراوية بصرف النظر عن ملكيته الخاصة[١].

أما الفئة الثانية : فلا تتمتع بالإعفاء من فوائد التأخير المستحقة حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ مثل الفئة الأولى ويقتصر التيسير بالنسبة لها على أداء باقى الثمن وملحقاته على أقساط متساوية مقدارها أربعة أمثال الضريبة العقارية الأصلية المربوطة أو المقدرة على الأرض المبيعة للفدان الواحد أو القسط الحالى - أى المبلغين أقل - بحيث لايجاوز أجل التقسيط عشرين سنة من تاريخ العمل بالقانون المذكور .

وهناك تيسير يفيد منه أفراد الفئتين الأولى والثانية معا ، هو تخفيض الفوائد السنوية المستحقة على أقساط الثمن إلى ١,٥ % سنويا واحتساب الفائدة باعتبارها فائدة بسيطة وبما لايتعارض مع أحكام القانون .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٧ .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون ٣٦ لسنة ١٩٦٧ أنه :

" وقـــد قصــــد بهذه التيسيرات رعاية صغار الزراع والفلاحين المشترين للأراضى المملوكة أصلا للدولة (ومعظمها كان الأراضى البور والصحراوية) وتحديد أقساط الثمن وملحقاته التى يلتزم بأدائها هؤلاء المشترون (منذ ما قبل تاريخ العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤) طـــبقا لمعـــيار بســـيط وواضــــح يقدر بمبلغ نقدى محدد (جنـــيهان أو خمســـــة جنـــيهات) أو بنسبه معينة للضريبة العقارية الأصـــلية المربوطة أو المقررة على الأرض المبيعة (مثل الضريبة أو مثلاها) أى المبلغين أكبر .

وهذا التقدير وذاك ... لايقتطع من دخل المشترين المتحقق من ريع الأراضى المبيعة إليهم وغلتها إلا جانبا يسيرا لا يرهقهم أداؤه ومـــن ثـــم تنـــتفى الدوافـــع التى تهربهم من الوفاء بأقساط الثمن وملحقاتهـــا وتيسر للدولة اقتضاء حقوقها في سهولة ويسر دون ما حاجـــة بهـــا إلى اتخاذ إجراءات تابعة تحصيلها التى قد تمتد أحيانا لآمـــاد طويلة وتقتضى الكثير من الجهد والنفقة بل وقد تكبد الدولة أحيانا نفقات طائلة وترهق في الوقت ذاته المشترين" .

٣٥٥ـ جزاء تأخر المشترى في الوفاء بأقساط الثمن :

إذا تأخر المشترى في الوفاء بأقساط الثمن المشار إليها في البند الســـابق سنتين متتالتين بعد العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ سقطت الإعفاءات سالفة الذكر وأصبحت المبالغ واجبة الأداء فورا

ويلـــتزم المدين بها بأداء فوائد تأخير عنها بواقع ٣% سنويا تستحق مـــن تاريخ حلول القسط الواجب الأداء في السنة الثانية (م ٨٥ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٤) .

وقـــد قصــــد بهذا الحكم سن جزاء رادع لمن يتهاون بعد تقدير الإعفاءات والتيسيرات التى وضعها القانون ، في الوفاء بمستحقات الحكومـــة مـــن ثمـــن وملحقاته ، كما قصد بهذا الحكم أيضا حث المشـــترين علـــى الإقـــبال علـــى استغلال الأراضى المسندة إليهم وزراعتها على خير وجه ، وتنبيههم إلى تجنب التقصير فى ذلك .

وواضـــح أن الإعفـــاء الذى أتى به القانون ليس باتا ، بل معلقا على شرط الوفاء بالمستحقات المقبلة فى المواعيد المحددة .

٣٥٦- إلغاء المادتين ٦٠، ٦١ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ :

كانـــت المادة (٦٠) من هذا القانون تنص على أنه لايجوز لمن تـــؤول إلـــيه ملكية عقار من العقارات التى تسرى عليها أحكام هذا القـــانون أن يتصــــرف فـــيه كله أو بعضه إلا بعد أداء ثمنه كاملا وملحقاتـــه ، وفى جميع الأحوال لايجوز للمتصرف إليه فى أرض زراعـــية أو أرض بور أو أرض صحراوية أن يتصرف فيها بعد أدائه كامل ثمنها وملحقاته إلا إلى صغار الزراع الذين تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها فى المادة ٢٥ .

وكل تصرف يترتب عليه مخالفة حكم الفقرة السابقة يقع باطلا ولايجوز شهره.

وكانــت المــادة ٦١ تنص على أن تسرى أحكام المادة السابقة علــى التصــرفات التى تمت قبل العمل بهذا القانون ولم يتم الوفاء بكامل الثمن المتعاقد عليه فيها وملحقاته ولم تشهر .

إلا أن القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٩ نص فى المادة ٢ منه على إلغاء هاتين المادتين (ومواد أخرى) .

والحكمــة مــن هــذا الإلغاء إزالة القيود المفروضة بها على التصرف فى الأراضى الزراعية والبور والصحراوية المشتراه من الدولة . تلك القيود التى عاقت تداول هذه الأراضى تداولا اقتصاديا يتسم بالمرونة والسرعة والفاعلية على المستوى الذى ترقبه الدولة وقــد أخــذ فــى الاعتبار عند وضع هذا الحكم أن تتضمن اللائحة التنفيذية أحكاما تحقق المرونة والدقة فى عمليات التصرف فى هذه الأراضى بحيث لايضيع على الدولة أى حق من حقوقها وبما يكفل تحقيق مبدأ تكافؤ الفرص بين جميع المواطنين (١).

٣٥٧ـ نــزع ملكــية الآبار وعيون المياه التى تستخدم في الزراعة فى المناطق الصحراوية :

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٩.

تـــنص المادة (٣٣) من القانون على أنه يجوز بقرار من وزير الإصـــلاح الـــزراعى وإصلاح الأراضى نزع ملكية الآبار وعيون المـــياه التى تستخدم في الزراعة في المناطق الصحراوية وذلك بعد اختبارها والتحقق من صلاحيتها للاستغلال الاقتصادى .

وقد قصد بهذا النص تنظيم نقل ملكية موارد المياه التى تستخدم فـــي الـــزراعة فـــي المـــناطق الصـــحراوية والتى تكون صالحة للاســـتغلال الاقتصادى في مجال الملكية الخاصة إلى مجال الملكية العامة للشعب ، سواء في ذلك الموارد التى أوجدتها الطبيعة تلقائيا أو المـــوارد الـــتى يكون الأفراد قد شاركوا في تهيئتها، وذلك منعا لاســـتغلال آحاد الناس لتلك الموارد التى تعتبر من الموارد العامة في الدولة والتىتعد بطبيعتها حقا شائعا ومشتركا لجميع المواطنين، ومن ثم يتعين تنظيم استخدامها لصالح الشعب واستغلالها على نحو يحقق مقتضيات الاقتصاد القومى .

وقـــد روعـــى فـــي هذا الحكم تعويض الملاك الحاليين للآبار والعـــيون التى تنزع ملكيتها على النحو المتقدم وذلك وفقا للقواعد

والإجــراءات المقــررة قانونــا بالنســبة إلى نزع الملكية للمنفعة العامة[١].

(رابعا) تملك الأراضى الصحراوية طبقاً لأحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ (المعدل) في شأن الأراضى الصحراوية[٢] والقانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ فى شأن بعض الأحكام المتعلقة بأملاك الدولة الخاصة [٣] :

٣٥٨ـ إلغاء الأحكام المتعلقة بالأراضى الصحراوية المنصوص عليها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ (المعدل) :

صــدر القــانون رقــم ١٤٣ لســنة ١٩٨١ (المعدل) في شأن الأراضى الصحراوية ينظم من جديد إدارة واستغلال والتصرف في الأراضى الصحراوية .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤.

(٢) الجريدة الرسمية العدد ٣٥ مكرر في ١٩٩١/٨/٣١ وعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره (م٢٩) .

(٣) الجريدة الرسمية العدد ١٠ (مكرر) في ١٩٩١/٣/١٣ وعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره (م٩) .

وقـد نــص فــى المادة ٢٧ منه على أن تلغى الأحكام المتعلقة بالأراضــى الصــحراوية بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ في شأن تأجــير العقــارات المملوكة للدولة مكلية خاصة والتصرف فيها ، وعلــى أن يلغى كل نص يخالف أحكام هذا القانون ومن ثم أصبح القــانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ (المعدل) هو المعمول به في شأن الأراضى الصحراوية .

إلا أنه لوحظ في الآونة الأخيرة أن الحاجة تدعو لمعالجة بعض المشــاكل المــتعلقة بــإدارة واستغلال والتصرف في أملاك الدولة الخاصـــة وذلــك بسبب التداخل في الاختصاص بهذه الشئون بين الــوزارات والجهــات المعنــية مما آثار شكوى المواطنين وتأخير الــتعامل مع الجهات المعنية . ومن أجل ذلك ولمعالجة التداخل في الاختصــاص ، ولتوحــيد الجهة التى تتولى تخصيص تلك الأملاك للأغــراض المختلفة على نحو ييسر على المواطنين معرفة الجهة المختصة الواجب التعامل معها ويضع حدا للمشاكل القائمة ، صدر القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ في شأن بعض الأحكام المتعلقة بأملاك الدولــة الخاصـــة . وقــد تناول هذا القانون بالتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ سنشير إليها في حينها .

٣٥٩ـ المقصود بالأراضى الصحراوية فى تطبيق أحكام القانون :

يقصــد بالأراضـــى الصحراوية في تطبيق أحكام هذا القانون ، الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة ، والواقعة خارج الزمام بعد مسافة كيلو مترين .

ويقصد بالزمام حد الأرض التى تمت مساحتها مساحة تفصيلية وحصـــرت في سجلات المساحة وفى سجلات المكلفات وخضعت للضريبة العقارية على الأطيان .

وبالنســبة للمحافظــات الصحراوية يعتبر زماما كردون المدن والقـــرى القائمـــة فى تاريخ العمل بهذا القانون والتى تقام مستقبلا وحتى مسافة كيلو مترين (م١) .

وبذلــك حســم الشارع الخلاف الذى طال أمده حول تعيين حد الزمام بالنسبة للمحافظات الصحراوية [١].

٣٦٠ـ تحديد الأراضى التى يجوز تملكها :

١- يصـــدر رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الوزراء بناء علـــى عرض وزير الدفاع قرارا بتحديد المناطق الاستراتيجية ذات الأهمـــية العسكرية من الأراضى الصحراوية التى لايجوز تملكها ، ويتضـــمن القـــرار بـــيان القواعد الخاصة بهذه القواعد (م٢/أ من القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١) [٢].

٢- فـــيما عـــدا الأراضى السابقة يصدر رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص - حسب الأحـــوال- قـــرارا بـــتحديد المناطق التى تشملها خطة مشروعات

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون .

(٢) وكـــان هـــذا الحكم منصوصا عليه بالمادة (٢/أ) من القانون ١٤٣ لسنة ١٩٨١ إلا أنها كانت تنص على صدور القرار من وزير الدفاع .

استصـــلاح الأراضـــى وتـــتولى الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمـــية الزراعـــية إدارة واستغلال والتصرف في الأراضى التى تخصص لأغراض الاستصلاح والاستزراع [١].

وغـــارس هذه الهيئة سلطات المالك في كل ما يتعلق بالأملاك الـــتى يعهـــد إليها بها . وتباشر مهامها بالتنسيق مع وزارة الدفاع وبمـــراعاة مـــا تقرره من شروط وقواعد تتطلبها شئون الدفاع عن الدولة .

٣- تـــتولى الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية إدارة واســـتغلال والتصرف في الأراضى التى تخصص لأغراض الاستصـــلاح والاســـتزراع (مادة ٣/٣ من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ ، مادة ٣/٢ من القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١) .

٤- في جميع الأحوال تكون أراضى البحيرات والسياحات التى يـــتم تجفـــيفها مناطق استصلاح واستزراع ، وتتولى الهيئة العامة

---

(٣) وكـــان البـــند (ب) من المادة (٢) من القانون ١٤٣ لسنة ١٩٨١ يخول وزير استصلاح الأراضى تحديد المناطق التى تشملها خطة مشروعات استصـــلاح الأراضـــى - ويلاحظ ما نص عليه القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٨٤ من أن تعتبر الأراضى الواقعة فى أملاك الدولة الخاصة التابعة للهيـــئة العامـــة للإصـــلاح الزراعى والهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمـــية الزراعـــية التى تصرفت فيها المحافظات أو صندوق أراضى الاستصلاح في ٩/١٠/١٩٨٢ مملوكة لتلك المحافظات أو الصندوق في تاريخ التصرف فيها (م١) .

لمشـــروعات التعمير والتنمية الزراعية إدارة واستغلال والتصرف فـــي هـــذه الأراضـــي ، وتمارس سلطات المالك في كل ما يتعلق بشئونها (م٣ من القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١) .

وقـــد حـــرص الـــنص علـــى إيـــراد حكم قاطع في تخصيص الأراضـــي الناشـــئة عن تجفيف البحيرات والسياحات فجعلتها من اختصـــاص الهيـــئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية ، وذلـــك بدلا من أراضى البحيرات مجرد أراضى صحراوية ، كما كانت تنص الفقرة الخاصة من المادة الأولى من القانون رقم ١٤٣ لســـنة ١٩٨١، ذلـــك أن أراضـــي البحيرات تكون في حاجة إلى استصلاح يهيئها للزراعة وهى مهمة الهيئة العامة للتعمير والتنمية الزراعية [١].

٤- تجب المحافظة على ما يوجد بالأرض من مناجم ومحاجر وثـــروات طبيعية أو بترولية وما تحويه من آثار أو تراث تاريخى وذلـــك وفقـــا للقوانين والنظم المعمول بها (م٣/٢ من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١) .

٥- يحظر استخدام الأراضى الخاضعة لأحكام هذا القانون رقم ٧ لســـنة ١٩٩١ فـــي غير الأغراض المخصصة من أجلها ، ومع ذلـــك يجوز بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الوزراء

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١.

بناء على عرض الوزير المختص- حسب الأحوال إعادة تخصيصها لأية جهة أخرى أو لأى غرض آخر .

وعند الخلاف بين الوزارات والهيئات العامة ووحدات الإدارة المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض حول تحديد الجهة المختصة بإدارة واستغلال والتصرف في أية أراضى أو عقارات من المشار إليها بالقانون ، يعرض الأمر على مجلس الوزراء ، ويكون قراره فى هذا الشأن ملزما للجميع ويسرى هذا الحكم على الخلافات القائمة بين الجهات المذكورة عند العمل بهذا القانون (م٥ من القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١) (١).

٣٦١ـ كيفية التملك :

١- يكون تصرف الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية في الأراضى الصحراوية أو تأجيرها أو استغلالها لغرض استصلاحها واستزراعها فقط ، ووفقا للقواعد والشروط والأوضاع التى يضعها مجلس إدارة الهيئة سالفة الذكر وتتضمنها العقود المبرمة مع ذوى الشأن .

وتشمل هذه القواعد ما يكفل منح الحماية فى هذه الأراضى وحصول الهيئة على مستحقاتها والمشاركة فى فروق الأسعار فى

---

(١) وهذه المادة عدلت عجز البند (ب) من الفقرة الأولى من المادة (٢) من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ .

حالـــة التصـــرف فـــى الأراضـــى بما يغطى نصيبها فى المرافق الأساسية التى أقامتها الدولة .

وفى جميع الأحوال يكون استغلال الأرض عن طريق تأجيرها لمـــدة ثـــلاث سنوات فإذا ثبتت الجدية فى الاستصلاح خلالها تملك الأرض لمســـتأجرها بقيمتها قبل الاستصلاح والاستزراع مع خصم القـــيمة الإيجاريـــة المسددة من ثمن الأرض ، وإذا لم تثبت الجدية اعتبر عقد الإيجار مفسوخا من تلقاء ذاته دون حاجة إلى إجراءات وتسترد الأرض إداريا ممن كان قد استأجرها (م١٣).

وقـــد تغـــيا المشرع من جعل تمليك الأرض لمستأجرها بقيمتها الـــتى كانت عليها قبل الاستصلاح والاستزراع حتى لايضيع هباء مجهود وأموال من يقوم بعملية الاستصلاح والاستزراع خلال مدة التأجـــير . وهـــذا الحكم أضافته اللجنة المشتركة من لجنة الزراعة والـــرى ومكتب لجنة الشئون الدستورية والتشريعية بمجلس الشعب إلى المادة ١٣ من القانون (١).

ويســـتثنى مـــن الحكم الوارد بالمادة (١٣) المستثمر الذى يقوم بـــإيداع القـــيمة الكلـــية للمشـــروع المعـــتمد من الجهة المختصة والمخصـــص له المساحة المباحة فى أحد البنوك بجمهورية مصر العربية المعتمدة لدى البنك المركزى كرأس مال يخصص للصرف

---

(١) تقرير اللجنة المشتركة المشار إليها .

فـيه على المشروع . ويحرر عقد البيع فور إيداع هذه القيمة على ألا تتجاوز المدة ثلاث سنوات من تاريخ توقيع عقد البيع (م٤١ من اللائحـة التنفـيذية الصادرة بقرار وزير التعمير والدولة للإسكان واستصلاح الأراضى رقم ١٩٨ لسنة ١٩٨٢ المستبدلة بقرار وزير الزراعة واستصلاح الأراضى رقم ٣٠٥ لسنة ١٩٩٠).

٣- يجوز لرئيس الهيئة العامة لمشروعات التعمير أن يرخص فى التصرف بغير المزاد العلنى فى الأراضى المستصلحة ، وذلك طبقا للأسس والتيسيرات وأوجه الرعاية والقواعد والإجراءات التى يضعها مجلس إدارة الهيئة فى الحالات التالية وبمراعاة منح أولوية لأبناء المحافظة .

(أ) المسرحين وأسر الشهداء ومصابى العمليات الحربية .

(ب) صـغار الزراع . والمقصود بصغار الزراع الذين لاتزيد حـيازتهم ملكاً أو إيجاراً عن خمسة أفدنة للأسرة (الزوج والزوجة والأولاد القصر غير المتزوجين) (م٤٣ من اللائحة التنفيذية) .

(ج) خريجى الكليات والمعاهد .

(د) العامليـن بالدولـة أو القطـاع العام عند تركهم الخدمة أو انتهائها (م١٤ من القانون) .

وقـد نصـت المادة الخامسة من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ (بـتعديل بعـض أحكـام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعى) على أن يكون لمستأجرى الأراضى الزراعية

التى تنتهى عقود الإيجار المبرمة معهم وفقا لأحكام هذا القانون الأولوية في تملك الأراضى الصحراوية التى تستصلحها الدولة طبقا للأسس والتيسيرات وأوجه الرعاية والقواعد والإجراءات المقررة للحالات المنصوص عليها في المادة ١٤ سالفة الذكر .

٤- يجوز التصرف أو التأجير بغير بطريق المزاد العلنى للمشروعات التى تفيد بحسب طبيعتها أو حجمها في تنمية الاقتصاد القومى ، وذلك بموافقة مجلس الوزراء بناء على اقتراح مجلس إدارة الهيئة المذكورة (م١٤/٢ من القانون) .

٥- يحدد مجلس إدارة الهيئة أثمان الأراضى التى يتم التصرف فيها بالتطبيق لأحكام هذا القانون .

ويتم هذا التحديد بعد استطلاع رأى لجان فنية تبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون تشكيلها وأسس العمل بها .

وتودع في صندوق خاص الحصيلة الناتجة عن التصرف في الأراضى المخصصة للاستصلاح والاستزراع وإدارتها ، كما تودع فيه كافة الموارد والاعتمادات التى تتقرر لهذه الأراضى وفقا لأحكام هذا القانون (م١٥) .

٣٦٢- التزامات المتصرف إليه :

١- يلتزم المتصرف إليه باستصلاح الأرض المبيعة باستزراعها خلال المواعيد وطبقا للبرامج والشروط والأوضاع

التى يحددها مجلس إدارة الهيئة العامة لمشروعات التعمير وتتضمنها العقود المبرمة في هذا الشأن (م ١/١٦)

٢- يحظر استخدام الأراضى المبيعة في غير الغرض المخصصة من أجله كما يحظر التصرف في هذه الأراضى أو جزء منها أو تقرير أى حق عينى أصلى أو تبعى عليها أو تمكين الغير منها ، إلا بعد استصلاحها أو استزراعها أو موافقة مجلس إدارة الهيئة المذكورة على التصرف قبل الاستصلاح والاستزراع للأسباب التى يقدرها بعد ضمان حصول الهيئة على كامل حقوقها .

وقد قصد من ذلك الحرص على جدية عملية استصلاح الأراضى [1].

ويقع باطلا كل إجراء يخالف ذلك ، ولايجوز شهره ولكل ذى شأن التمسك بالبطلان أو طلب الحكم به وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

وفى حالة مخالفة أحكام هذه المادة يكون لمجلس إدارة الهيئة المذكورة أن يقرر إزالة أسباب المخالفة إداريا على نفقة المخالف واسترداد الأرض محل المخالفة إذا لم يقم المخالف بإزالتها خلال

---

(١) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب .

المـــدة التى تحددها له الهيئة بكتاب موصى عليه بعلم الوصـــول (م١٦).

وواضح أن الجزاء الذى أوردته المادة (١٦) مما يتعلق بالنظام العام .

٣٦٣ـ منح مهلة لمن اشترى أرضا يتوفر لها مصدر رى :

يمـــنح مـــن ســـبق أن اشترى أرضا يتوفر لها مصدر رى من الأراضـــى الخاضـــعة لأحكـــام هذا القانون بقصد استصلاحها أو اســـتزراعها مهلـــة لإتمام ذلك مدتها خمس سنوات من تاريخ توفر مصدر الرى أو ثلاث سنوات من تاريخ العمل بالقانون أى المدتين أطول .

فإذا لم يقم المشترى بالاستصلاح والاستزراع خلال هذا الأجل اعتـــبر عقـــد البـــيع مفسوخا من تلقاء ذاته دون حاجة إلى إجراء قضائى وتسترد الهيئة الأرض بالطريق الإدارى مع رد ما يكون قد أداه المشـــترى مـــن ثمن بالإضافة إلى النفقات الضرورية والنافعة وفى حدود ما زاد بسببها في قيمة الأرض (م ١٧) .

٣٦٤ـ الاعتداد بملكيات سابقة على العمل بالقانون :

اعـتد القـانون – مع مراعاة الحد الأقصى للملكية المنصوص علـيه فيه – ببعض الملكيات السابقة على العمل بأحكامه وتخلص فيما يلى :

١- مـن توافرت في شأنه شروط الاعتداد بالملكية وفقا لأحكام القوانين النافذة قبل العمل بأحكام هذا القانون .

٢- مـن تملك بسند مشهر صادر من إحدى الجهات المختصة قانونا بالتصرف فى الأراضى الخاضعة لأحكام هذا القانون .

٣- مـن استصـلح أو استزرع حتى تاريخ العمل بأحكام هذا القـانون أرضا داخلة فى خطة الدولة للاستصلاح وغير مخصصة للمشروعات العامة ووفر لها مصدر رى دائم وذلك بالنسبة لما يقوم بزراعـته بصـفة فعلية ومستمرة ، ودون التزام الجهات المختصة بالمحافظـة على حالة الأرض ، أو بتوفير مصادر أخرى إذا تبين عدم صلاحية المصدر الذى وفره المستصلح .

٤- شـركات القطاع العام بالنسبة لما دخل فى رأس مالها من مسـاحات تـم تقويمهـا كأصول رأسمالية أو التى لم يتم تقويمها وخصصت لمنفعتها أو شغلتها بالفعل حتى تاريخ العمل بهذا القانون (م١٨/١، ٢ ،٣، ٤) .

٥- التصـرفات غير المشهرة الصادرة من الجهات المختصة قانونا حتى العمل بأحكام هذا القانون لصالح .

(أ) صـــغار الزراع وأسر الشهداء وخريجى الكليات والمعاهد الزراعية .

(ب) الجمـــيعات التعاونـــية الزراعـــية والجمعـــيات التعاونية لاستصلاح الأراضى .

(ج) المشترين بطريق المزاد العلنى .

(د) المشـــروعات المنشـــأة طبقا لقانون استثمار المال العربى والأجنـــبى والمناطق الحرة وتبين اللائحة التنفيذية أوضاع ومواعيد إخطـــار الهيـــئة عـــن الحـــالات المنصوص عليها في هذه المادة والإجراءات التى تتخذ إقرارا للملكية لمن تتوافر في شأنهم شروط الاعتداد بها (م ١٨/٤) .

٤- مع عدم الإخلال بالحالات السابقة يصدر رئيس الجمهورية قرارا بإضافة حالات أخرى للاعتداد بالملكية بما يتفق مع ظروف وأوضـــاع وطبيعة الأراضى الواقعة في كل من شبه جزيرة سيناء والـــوادى الجديد والبحر الأحمر والصحراء الغربية أو أية مناطق تـــروى مـــن مـــياه الأمطار أو عيون أو آبار طمست أو تناقصت مياهها قبل العمل بهذا القانون .

ويتضـــمن القـــرار بيان الحالات المضافة والشروط والأوضاع والإجراءات التى يتم على أساسها الاعتداد بالملكية (م١٩) .

٥- مـــع عدم الإخلال بأحكام المادتين ١٨، ١٩ يجوز لمجلس إدارة الهيـــئة تنفـــيذا لخطـــة الدولة في مجال الأراضى الخاضعة

لأحكام هذا القانون وبما يتفق مع أهدافه ، أن يتصرف أو يقرر أى حق عينى أصلى أو تبعى أو يؤجر الأرض وذلك بالنسبة إلى من اتخذت لصالحهم إجراءات التصرف سواء عن طريق الإعلان أو التخصيص أو القرعة أو غير ذلك من الإجراءات التى لم تعتمد حتى تاريخ العمل بأحكام هذا القانون أو اعتمدت ولم يصدر عنها سند الملكية المشهر .

ويقدم ذوو الشأن إلى الهيئة في موعد لايجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون طلبا للانتفاع بهذه الحالة وعلى مجلس إدارة الهيئة البت في هذه الطلبات خلال مدة أقصاها ثلاثة أشهر من تاريخ تقديمها .

فإذا لم تقدم هذه الطلبات ، أو قدمت ورفضت بقرار مسبب يزال وضع اليد وفقا لأحكام المادة العاشرة من القانون (م٢٠) .

واشترط تسبيب قرار رفض الطلبات التى يقدمها ذوو الشأن إلى الهيئة تأكيدا للضمانات التى تمنح لهؤلاء وعدم خضوعهم لأهواء بعض المسئولين فى الهيئة [١].

٣٦٥ـ الحد الأقصى لملكية الأراضى الصحراوية :

جعلت المادة (١١) من القانون الحد الأقصى للملكية في الأراضى الصحراوية الخاضعة لأحكام القانون ، وفقا لما تحققه

---

(١) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب .

أساليب وطرق الرى من ترشيد واقتصاد في استخدام مصادر المياه المتاحة ، وبما يتفق مع التطورات العلمية في هذا المجال .

وذلك على النحو التالى :

(أ) إذا كـــان الرى على المياه الجوفية واستخدمت فيه الطرق الحديـــثة كالرش أو التنقيط أو أى أسلوب للرى يعتمد على ضغط المياه . يحدد الحد الأقصى للملكية على الوجه الآتى:

١- ٢٠٠ (مائـــتان) فـــدان للفرد الواحد و٣٠٠ (ثلاثمائة) فدان للأسرة وتشمل الأسرة الزوجة والأولاد القصر غير المتزوجين.

وقـــد أضـــافت اللجـــنة المشتركة بمجلس الشعب وصف (غير المتزوجيـــن) الوارد بالبند (أ) إلى المشروع الوارد من الحكومة ، دفعا للمشاكل في التطبيق إذ من الجائز شرعا الزواج قبل بلوغ سن الرشد فتصبح القاصر زوجا وتنضم بذلك إلى زوجها في حساب ما يجوز لها .

٢- ١٠٠٠٠ (عشـــرة آلاف) فـــدان للجمعـــية التعاونية ، بحد أقصى مقداره ٣٠ (ثلاثون فدانا للعضو) .

٣- ١٠٠٠٠ (عشرة آلاف) فدان لشركات الأشخاص والتوصية بالأســـهم بمراعاة ألا يجاوز الحد الأقصى لملكية الفرد ١٥٠ (مائة وخمسين) فدانا .

٤- ٥٠٠٠٠ (خمسون ألف) فدان للشركات المساهمة .

(ب) إذا كان الري بأسلوب الري السطحي الذى يتم الاتفاق عليه بين الوزير المختص بالاستصلاح وبين وزير الري أو بالنسبة للمساحات المجففة من أراضي البحيرات فيكون الحد الأقصى للملكية بما لايجاوز نصف الحدود القصوى المشار إليها .

وفي جميع الأحوال يجب ألا تقل ملكية المصريين عن ٥١% من رأس مال الشركة ، وألا تزيد ملكية الفرد على ٢٠% [1]. من رأس مالها ، ولايجوز أن تؤول أراضي الجمعيات التعاونية والشركات عند انقضائها إلى غير المصريين .

ولاتخضع شركات القطاع العام لأى حد أقصى .

٢- استثناء من الأحكام المنظمة لملكية الفرد والأسرة في الأراضي الزراعية وما في حكمها لايدخل في حساب الحد الأقصى للملكية وفقا لأحكام هذا القانون المساحات المملوكة في غير الأراضي الصحراوية .

وفي جميع الأحوال يكون تحديد المساحات الجائز تملكها بقرار من مجلس إدارة الهيئة في حدود ما تقتضيه طبيعة المشروع وما تسمح به القرارات الفنية والمالية لطالبي التملك (م ١١) .

---

(١) النسبة كانت - كما وردت بالقانون - ٥% فعدلت إلى ٢٠% بمقتضى القانون رقم ٢٠٩ لسنة ١٩٩١.

٢- تســرى الأحكــام السابقة على الملكية التامة وملكية الرقبة ويعتــبر في حكم التملك في تطبيق أحكام هذا القانون الإيجار الذى تزيد مدته على خمسين عاما (م ١/١٢).

٣- لايفيد من التملك وفقا لأحكام هذا القانون سوى المصريون، ومع ذلك يجوز بقرار من رئيس الجمهورية لأسباب يقدرها ، وبعد موافقــة مجلــس الوزراء ، معاملة من يتمتع بجنسية إحدى الدول العربية المعاملة المقررة للمصريين في هذا القانون . (م١٢/٢).

وقد جاء بتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن المادة ١٢ مــن القانون أنه : " أضافت اللجنة فقرة أخيرة مستحدثة إلى نهاية المادة ١٢ يكون بموجبها أن تقصر الاستفادة من التملك وفقا لأحكام هــذا القانون على المصريين فقط ، فيما يتعلق بشركات الأشخاص وذلك حرصا على عدم تملك الأجانب للأراضى المصرية .

أمــا فيما يتعلق بشركات المساهمة والتوصية بالأسهم فيجب ألا تقــل نســبة مساهمة المصريين عن ٥١% وذلك تشجيعا للشركات التى تقوم باستثمار أموالها لاستصلاح الأراضى الصحراوية " .

٣٦٦- حظـر الحـيازة أو الـتعدى أو وضـع الـيد على الأراضى الخاضعة لأحكام القانون :

يحظــر علـــى أى شخص طبيعى أو معنوى أن يحوز أو يضع الــيد أو يــتعدى على أى جزء من الأراضى الخاضعة لأحكام هذا القــانون وفــيما عدا ما تقوم به القوات المسلحة تنفيذا لخطة الدفاع

عـن الدولة يحظر إجراء أية أعمال أو إقامة أية منشآت أو غراس أو أشغال بأى وجه من الوجوه إلا بإذن الهيئة .

ويقـع بـاطلا كل تصرف أو تقرير لأى حق عينى أصلى أو تبعى أو تأجير أو تمكين بأى صورة من الصور على تلك الأراضى يـتم بالمخالفـة لأحكام هذا القانون ولايجوز شهره ولكل ذى شأن التمسك بالبطلان أو طلب الحكم به وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

ويـزال وضع اليد المخالف بالطريق الإدارى بقرار من الوزير المختص بناء على طلب رئيس الهيئة المختصة ، وبقرار من وزير الدفـاع بالنسـبة للأراضـى التى تشغلها القوات المسلحة كمناطق عسـكرية ، ويتحمل واضع اليد تكاليف إزالة البناء أو المرزوعات أو المغروسـات القائمـة بالأرض وغيرها من الأعمال المخالفة ، وللهئة أو للقوات المسلحة بحسب الأحوال استبقاء ما ترى استبقاءه منها واعتباره ملكا للدولة (م ١٠) .

٣٦٧ـ أحكام تملك الأراضى الصحراوية تتعلق بالنظام العام :

تعتبر أحكام جميع القوانين المنظمة لتملك الأراضى الصحراوية مما يتعلق بالنظام العام .

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض في قضاء لها صادر بتاريخ ١٩٨٢/٥/٢٠ فى الطعن ٦٢١ لسنة ٤١ق ذهبت فيه إلى أن :

" القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بتنظيم تملك الأراضى الصحراوية والذى عمل به اعتبارا من ١٩٥٨/٨/٢٤ قد نص في مادته الخامسة على أن الملكية والحقوق التى تستند إلى عقود مسجلة أو أحكام نهائية سابقة على العمل به أو عقود صدرت من الحكومة ولم تسجل إذا كنت شروط العقد قد نفذت تظل قائمة ، ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها وعمل به اعتبارا من ١٩٦٤/٤/٢٣ بعد أن ألغى القانون ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ سالف الذكر- ونص في مادته الثانية على أن الأراضى الصحراوية الواقعة في المناطق المعتبرة خارج الزمام مملوكة ملكية خاصة للدولة ، ونص في المادة ٧٥ منه على أن يعتد في تطبيق أحكام هذا القانون بحقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى الواردة بها ولم تشهر بعد ، ولما كانت أحكام القوانين المتعلقة بتملك الأراضى الصحراوية من النظام العام وتطبق على آثار العقود السارية وقت العمل بها ولو كانت مبرمة قبل ذلك لما استهدفته من تحقيق مصالح عامة ورتب من جزاء العقوبات والبطلان على مخالفة أحكامها في المواد ١٠ ، ٢٣، ٢٤، ٢٥ من القانون ١٤٣ لسنة ١٩٨١ إذ كان ذلك وكانت الدعويان محل النزاع الماثل موضوعهما صحة ونفاذ

عقـــود عرفـــية عن أرض صحراوية أبرمت قبل سريان القانونين ١٢٤ لســـنة ١٩٥٨ ، و١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، ولما كانت تلك العقود غير مسجلة وليست صادرة من الحكومة ومن ثم لايعتد بها في نقل ملكـــية تلـــك الأراضى عملا بالقانونين ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، ١٠٠ لســـنة ١٩٦٤ ، وإذ خـــالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بصحة ونفاذ هذه العقود العرفية على سند من اعتبارها ثابتة التاريخ وأنهـــا فـــي حكـــم المســـجلة وينطبق عليها ما ينطبق على العقود الصـــادرة من الحكومة لذات الحكمة التشريعية فإنه يكون قد خالف القانون " (١).

---

(١) ويلاحـــظ أنـــه قـــد صدر القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٤ في شأن بعض القواعـــد الخاصـــة بالتصرف في أملاك الدولة الخاصة ونص في مادته الأولـــى علـــى أن : " مع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ في شأن الاراضى الصحراوية ، وبحق الدولة في إزالة التعديات التى تقع على أملاكها بالطريق الإدارى ، يجوز للجهة الإدارية المختصة التصـــرف فـــي الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة إلى واضع اليد علـــيها قـــبل نفاذ هذا القانون ، وذلك بالبيع بطريق الممارسة مع جواز تقســـيط الثمن متى طلب شراءها خلال ستة أشهر من تاريخ العمل به ، وفقا للقواعد والضوابط التى يقررها مجلس الوزراء لاعتبارات سياسية أو اقتصـادية أواجتماعية " .

كمـــا يلاحـــظ القـــانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٨ في شأن قواعد التصرف بالمجـــان في العقارات المملوكة للدولة والنزول عن أموالها المنقولة في الإقليم المصرى .

٣٦٨ـ سريان القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات على تأجير وبيع الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة والأراضى الصحراوية :

بصدور القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ، أصبح تأجير وبيع الأملاك المملوكة للدولة ملكية خاصة الخاضعة للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ والأراضى الصحراوية الخاضعة للقانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ في شأن الأراضى الصحراوية خاضعا لأحكام القانون المذكور. وقد أوضحت ذلك تفصيلا الفتوى الصادرة من الجمعية العمومية **لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم (٥٠) بتاريخ ٢٠٠٢/١/٢٢- ملف ٣٨٢/١/٥٤ جلسة ٢٠٠١/٩/٦ إذ جاء بها :**

" استظهرت الجمعية العمومية أنه بصدور القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بتنظيم المناقصات والمزايدات والعمل به وما تضمنه من إفصاح جهير عن سريان أحكامه على وحدات الجهاز الإدارى للدولة والإدارة المحلية والهيئات العامة الخدمية والاقتصادية فقد أصبحت جميع هذه الجهات بما فيها المحافظات خاضعة لأحكامه دون تفرقة بين كونها تنتمى إلى وحدات الجهاز الإدارى للدولة والإدارة المحلية التى تسرى عليها الأنظمة الحكومية أو تندرج في

عـداد الهيئات العامة الخدمية والاقتصادية فقد أصبحت جميع هذه الجهات بما فيها المحافظات خاضعة لأحكامه دون تفرقة بين كونها تنـتمى إلـى وحدات الجهاز الإدارى للدولة والإدارة المحلية التى تسـرى عليها الأنظمة الحكومية أو تندرج في عداد الهيئات العامة الـتى تنظمها قوانين ولوائح خاصة وهذا النهج الذى سلكه المشرع يغاير نهج قانون المناقصات والمزايدات السابق رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الـذى كان يقضى بسريان أحكامه على بعض الجهات فيما لم يرد بشـأنه نـص خـاص فـي القوانين أو القرارات المتعلقة بإنشائها وتنظـيمها وإذ عمد المشرع إلى إلغاء ذلك القانون بموجب القانون رقـم ٨٩ لسـنة ١٩٩٨ المشـار إلـيه وأخضـع جميع الجهات المنصوص عليها في المادة الأولى من مواد إصداره لأحكامه بصفة مطلقـة دون أن يقـيد ذلـك بما قد يرد من نصوص في القوانين والقرارات المنشئة أو المنظمة لها فإنه لا مناص من القول بخضوع هـذه الجهات لأحكامه فيما نظمه من وسائل لإبرام العقود أيا كانت طبيعـتها القانونية وإنه لما كان قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقـم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ قد أفرد باباً مستقلاً نظم فيه السبل الواجب ولوجها لبيع وتأجير العقارات والمنقولات والمشروعات والترخيص بالانـتفاع أو باستغلال العقارات فإنه قد نسخ ما قبله من قوانين أو لوائـح كانت سارية في شأن ما تناوله بالتنظيم بما مؤداه تقيد جميع الجهـات الخاضـعة لأحكامـه فـي تصـرفاتها تلك بالإجراءات

المنصـــوص علـــيها فيه فإذا ولت وجهها عن هذه الإجراءات كان تصرفها مخالفاً للقانون .

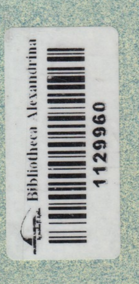
أحكـــام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم وتأجير العقارات المملوكـــة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها أضحت منسوخة بما تضـــمنته أحكـــام قـــانون تنظيم المناقصات والمزايدات من تنظيم متكامل لبيع وتأجير العقارات المملوكة للدولة أو للهيئات العامة أو الترخـــيص بالانـــتفاع أو باستغلال هذه العقارات بحيث يتعين على كافـــة الجهـــات الإدارية بما فيها الهيئات العامة التقيد بهذه الأحكام والإجراءات عند التصرف في العقارات المشار إليها .

مشروع العقد الذى عرض على هيئة اللجنة الثالثة لقسم الفتوى – فـــي الحالـــة المعروضة– يتعلق ببيع قطعة أرض فضاء ومبنى مملوكين للهيئة الزراعية المصرية ومركز البحوث الزراعية (وحدة الخدمـــات البستانية) بطريق الاتفاق المباشر إلى الشركة المصرية لإنتاج وتسويق وتصدير الحاصلات الزراعية رغم أن قيمة الأرض والمبـــنى تقـــدر بملاييـــن الجنيهات وذلك بالمخالفة لأحكام قانون المناقصات المزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والذى اتخـــذت الإجراءات في ظل العمل بأحكامه . ومن ثم فإن ما انتهت إلـــيه هيـــئة اللجـــنة من عدم جواز إبرام العقد لمخالفة الإجراءات الســـابقة عليه للقانون المشار إليه يتفق وصحيح حكم القانون. وقد كـــان يتعين على الجهات الإدارية أطرافه أن تتوقف عند هذا الحد.

وتعـــيد تصحيح الأوضـاع بيد أنها استمرت في استكمال الإجراءات وقامـــت بتوقـــيع العقد وتحصيل قسطين من أقساطه بغرض فرض الأمـــر الواقع متجاهلة أن ذلك ليس من شأنه أن يضفى المشروعية على ما وقع من أخطاء أو يحول دون محاسبة المسئولين تأديبياً عن ذلك كما أنه لايغل يد اللجنة عن مراجعة العقد بحسبان أنه تضمن نصـــاً بقـــبول طرفيه ما تدخله جهة الفتوى على العقد من تعديلات فضــــلاً عـــن عرضه عليها في صورة مشروع قبل التوقيع عليه . وبمـــراعاة أن هـــذه المراجعة لاتضفى على إجراءات وبنود العقد الشرعية والصحة إذا كانت قد فقدتها ولاتطهره من المخالفات التى شابت إبرامه وإنما تكشف عنها وتضعها تحت بصر الجهة الإدارية وبمـــا يستوجبه ذلك منها من إعادة النظر في العقد بالتحلل منه كله أو بعضه في ضوء ما أسفرت عنه هذه المراجعة ".


محتويات الكتاب

تم بحمد الله


Bibliotheca Alexandrina
1129960